Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Successionsbegriffes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Großherzogl. Mecklenburg. Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Richard Heil,
Referendar aus Hayingen (Lothr.).

Erlangen.
Kgl. bayer. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.
1903.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung.

B. Ausführung.

I. Begriff der Schuldübernahme.

II. Überblick über den historischen Entwicklungsgang der Schuldübernahme in Gesetzgebung und Wissenschaft.

III. Die Schuldübernahme nach dem B.G.B.

a) Kritische Betrachtung des Successionsbegriffs.

b) Darstellung und Kritik der Übernahme einer fremden Schuld nach § 414 und 415 B.G.B. unter vergleichsweiser Heranziehung der entsprechenden Resultate bei Zugrundelegung der v. Blume'schen Theorie.

c) Wirkung der vollzogenen Übernahme einer fremden Schuld.

1. im allgemeinen.

insbesondere { 2. auf die Einwendungen (§ 417 B.G.B.). 3. auf die Nebenrechte und Sicherungsmittel (§ 418 B G.B.).

d) Die Erfüllungsübernahme (§ 328 B.G.B.).

e) Betrachtung der kumulativen Schuldübernahme und im Anschluß daran Erörterung der Frage, ob sich die privative Schuldübernahme mit Hilfe der pacta in favorem tertii konstruieren läßt.

f) Spezialfälle der Schuldübernahme.

1. Die sog. Hypothekenübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis § 416 B.G.B.

2. Die Übernahme eines Vermögens § 419 B.G.B.

3. Sonstige im Gesetz erwähnte Fälle, die auf dem Grundgedanken basieren, daß gewisse Verbindlichkeiten in solcher Weise auf gewissen Vermögensbestandteilen lasten, daß der Erwerber dieser Vermögensbestandteile ohne weiteres auch für diese Verbindlichkeiten haftet.

C. Schluß: Übergang der Geschäftsschulden bei Übernahme eines Handelsgeschäftes (§ 25—27 des H.G.B).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0047

A. Einleitung.

Die vorliegende Arbeit, welche die Schuldübernahme behandeln soll, hat es mit einem Rechtsinstitut zu tun, um dessen Natur und Aufbau sich die juristische Wissenschaft nun schon seit etwa 50 Jahren streitet. Und gerade in der allerneuesten Zeit ist der Kampf wieder in eine neue Phase der Entwicklung eingetreten. Die bis dahin herrschende Auffassung hat in einer neu begründeten Theorie eine eifrige Widersacherin gefunden. Der Streit, den man schon seinem Ende nahe glauben konnte, ist dadurch wieder auf der ganzen Linie neu entfacht worden[1]). Das Thema gehört also jedenfalls, wenn man so sagen darf, zu denjenigen, die ein aktuelles Interesse in der wissenschaftlichen Jurisprudenz für sich in Anspruch nehmen dürfen. Delbrück[2]) gebührt das Verdienst, die Jurisprudenz zuerst auf das Rechtsinstitut der Schuldübernahme aufmerksam gemacht und ihren kritischen Blick darauf gelenkt zu haben. Das ist nun keineswegs etwa dahin zu verstehen, daß man vor Delbrück eine Schuldübernahme überhaupt noch gar nicht gekannt, daß vielmehr Delbrück dieselbe erst in das Rechtsleben eingeführt hätte. Die Schuldübernahme war schon längst vor Delbrück bekannt und stand auch längst vor ihm im Verkehrsleben schon in voller Blüte und ständiger Übung, was fehlte, war nur das, daß sich die Wissenschaft noch nicht daran gemacht hatte, das Rechtsgebilde zu untersuchen und ihm eine feste juristische Form und Gestaltung zu geben[3]).

---

[1]) Vergl. dazu auch die trefflichen Ausführungen bei Schurter ibid. S. 326.

[2]) Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden.

[3]) Vergl. dazu auch die treffende Bemerkung Schurters ibid. S. 306 (oben).

Bis auf Delbrück hat die Wissenschaft nämlich das Rechtsinstitut, obwohl es im praktischen Leben so häufig vorkommt und dem Verkehr so unentbehrlich ist[4]), so gut wie gänzlich unberücksichtigt und unbeachtet gelassen. Dieses Mißverhältnis zwischen der hervorragenden Stellung, die das Institut der Schuldübernahme im praktischen Leben einnimmt, und der fast gänzlichen Interesselosigkeit, welche die Wissenschaft der Erforschung des Rechtsinstituts gegenüber an den Tag legte, ist zweifellos eine auffallende Erscheinung, aber sie findet darin ihre Erklärung, daß das Institut der Schuldübernahme, wie wir noch des näheren sehen werden, dem römischen Rechte völlig fremd und nur dem deutschen Rechte bekannt war, somit das Schicksal aller deutsch-rechtlichen Rechtsinstitute teilen mußte, nämlich bei extremen Romanisten überhaupt nicht, bei gemäßigteren lange nicht in demselben Maße der wissenschaftlichen Durcharbeitung und Durchdenkung wert gefunden zu werden wie die römisch-rechtlichen. So ließ die Wissenschaft das Rechtsgebilde der Schuldübernahme einfach links liegen und wandte sich anderen Instituten zu, von denen eine reichere wissenschaftliche Ausbeute schon ihres römisch-rechtlichen Ursprungs wegen zu erwarten stand. Kaum hatte aber Delbrück mit seiner Schrift „Die Übernahme fremder Schulden", die damals viel Staub aufgewirbelt hat[5]), die Schuldübernahme gewissermaßen salonfähig gemacht, da fand auch das Thema schon eine ungezählte Schar von Bearbeitern, gleichsam als wollte die Wissenschaft das Versäumte nachholen[6]). Die Folge davon war das allmähliche Auftauchen der verschiedenartigsten[7]) Theorien über die Natur der Schuldübernahme. Als sich nun die Redaktoren des B.G.B. vor die Aufgabe gestellt sahen, der Schuldübernahme eine gesetzliche Regelung und Formulierung zu geben, da mußten sie aus der Flut von Theorien, welche die nunmehr beinahe allzu eifrige Wissenschaft inzwischen gezeitigt hatte, die brauchbarste und zweckmäßigste für das B.G.B. herausfuchen. Es ist nun ganz naturgemäß, daß die Redaktoren diejenige Theorie

[4]) Die Motive zum Entwurf des bayer. Gesetzbuches (München 1861) nennen auf S. 101 die Schuldübernahme eines der „gangbarsten Rechtsgeschäfte" und bezeichnen sie als für den Verkehr „völlig unentbehrlich" (bei Gürgens S. 240 Anm. 21).

[5]) Vergl. dazu auch Schurter ibid. S. 306, 308.

[6]) Vergl. dazu v. Blume, Novation ꝛc. S. 94.

[7]) So auch v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 393.

herausgriffen und in das Gesetz aufnahmen, welche damals die herrschende war[8]). Allein es ist dem B.G.B., wie ich oben schon kurz andeutete, nicht gelungen, den Streit der Meinungen durch die von ihm getroffene Wahl aus der Welt zu schaffen. Im Gegenteil, es ist inzwischen, so jung das B.G.B. auch ist, noch eine neuere Theorie als die des B.G.B. auf dem Plan erschienen — von den Redaktoren des B.B.G. konnte sie daher auch nicht berücksichtigt werden[9]) — und diese hat sich wie im Flug unter den angesehensten Juristen eine reiche Anhängerschaft erworben. So kämpfen jetzt diese beiden Anschauungen, die des B.G.B. und die der allerneuesten Theorie miteinander um den Vorrang. Die älteren Theorien haben wohl abgewirtschaftet. Welcher der Sieg in der wissenschaftlichen Welt zufallen wird, läßt sich vorerst noch nicht absehen. Ich möchte mich, das will ich gleich im voraus bemerken, für die allerneueste Theorie und gegen die des B.G.B. entscheiden.

Meine Aufgabe soll es im folgenden nun sein, zunächst den Begriff der Schuldübernahme festzustellen, dann kurz den Weg zu zeigen, den die Schuldübernahme in Gesetzgebung und Wissenschaft gegangen ist, um schließlich eine eingehende kritische Untersuchung der Art und Weise, wie die Materie der Schuldübernahme in unserem neuen Reichsrecht geregelt ist, daran anzureihen. Ein besonderes Kapitel habe ich der wissenschaftlichen Wichtigkeit des Gegenstandes wegen der Successionsfrage gewidmet. Treten wir nun nach diesen kurzen einleitenden Bemerkungen in die Betrachtung des Problems selber ein und werden wir uns zunächst über den Begriff der Schuldübernahme schlüssig.

B. Ausführung.

Die Schuld eines anderen übernehmen heißt im Sprachgebrauch des täglichen Lebens — und der ist in diesem Falle der logisch einzig richtige — den Schuldposten aus dem Passivvermögen des einen, des Urschuldners, herausnehmen und in das Passivvermögen des anderen, des Übernehmers, überführen. Der Schuldposten, um den es sich im

[8]) Vergl. Schurter ibid. S. 305 (am Schluß).
[9]) Vergl. dazu v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 393 (unten).

einzelnen Falle handelt, ist also ein für allemal aus dem Passivvermögen des Urschuldners ausgeschieden und in das des Übernehmers übergegangen. Allerdings wird ja in der Regel der Entlastete dem Belasteten für die Entlastung ein Äquivalent erbringen müssen, und insofern kann man hier im endgültigen wirtschaftlichen Resultat von einer Entlastung des Urschuldners bezw. Belastung des Übernehmers nicht sprechen. Allein gerade dieser Schuldposten, der aus dem Passivvermögen des Urschuldners heraus in das des Übernehmers übergegangen ist, findet sich im Passivvermögen des Urschuldners nirgends mehr vor. Wir werden gleich sehen, daß der juristische Sprachgebrauch des Wortes Schuldübernahme von dem des täglichen Lebens ganz erheblich abweicht. Man unterscheidet die Schuldübernahme in zwei Arten, in die befreiende oder privative und in die bestärkende oder kumulative[10]). Bei der ersteren scheidet der Urschuldner ganz aus, der Übernehmer tritt an seine Stelle, bei der letzteren tritt der Übernehmer neben den Urschuldner, so daß jetzt zwei Personen auf der Passivseite stehen. Nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, den wir vorhin kennen gelernt haben, kann man eigentlich von kumulativer Schuldübernahme überhaupt nicht reden, ohne sich eines Verstoßes gegen die Logik schuldig zu machen. Die Schuldübernahme besteht ja nach diesem Sprachgebrauch, wie wir gesehen haben, gerade darin, daß der alte Schuldner ausscheidet und der neue die Schuld des alten übernimmt. Der Ausdruck „kumulative Schuldübernahme" will nun aber gerade besagen, daß der alte Schuldner in der Schuld drinbleibt und der neue neben ihn in die Schuld eintritt. Beides läßt sich aber unmöglich miteinander vereinigen. Es liegt eben in dem im juristischen Sprachgebrauch eingebürgerten Ausdruck „kumulative Schuldübernahme" eigentlich eine contradictio in adjecto. Aber der Sprachgebrauch ist nun einmal da und läßt sich so leicht nicht wieder beseitigen. Ganz ebenso liegt auch in dem von Hellwig S. 178 gebrauchten Ausdruck „accessorische Succession" eine sprachliche Ungenauigkeit[11]).

Gewöhnlich wird an dieser Stelle noch einer dritten Möglichkeit, wie jemand die Schulden eines anderen auf sich nehmen kann, nämlich

---

[10]) Die deutschen Ausdrücke rühren anscheinend von v. Blume, Novation ꝛc., S. 40 her.

[11]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 178.

des Instituts der sog. „Erfüllungsübernahme“ oder „internen Schuldübernahme“ gedacht. Allein ich ziehe es vor, in einem anderen Zusammenhang dieses Institut zu betrachten.

Die Wirkung des Schuldenübergangs kann sowohl auf Vertrag als auch auf dem Gesetz beruhen. Im ersteren Falle spricht man von „freiwilliger“, im anderen Falle von „notwendiger Schuldübernahme“. Die Bezeichnung Schuldübernahme paßt nun aber eigentlich nur für den Schuldenübergang, der auf Vertrag beruht. Der Ausdruck „notwendige Schuldübernahme“ ist daher streng genommen eine contradictio in adjecto, denn das Wort „nehmen“, das in der Bezeichnung Schuldübernahme steckt, deutet doch auf einen freien Willensakt des Übernehmers hin, darauf abzielend einen Übergang der Schulden herbeizuführen. Bei der sog. „notwendigen Schuldübernahme“ wird aber auf den Willen des Übernehmers gar keine Rücksicht genommen, das Gesetz ladet vielmehr dem Übernehmer die Schulden auf selbst gegen seinen Willen. Es wäre also vielleicht sprachlich korrekter gewesen, wenn man für die letztere Art einen anderen Ausdruck eingeführt hätte, etwa den Ausdruck Schuldübergang.

Man ist in der Wissenschaft gewohnt, bei der privativen Schuldübernahme eine unechte indirekte, von einer echten direkten Schuldübernahme zu unterscheiden[12]). Bei der ersteren geht die alte Obligation unter, und es tritt eine neue Obligation an ihre Stelle. Der Übernehmer haftet also nicht aus der alten Obligation, sondern aus einer neuen, selbständig übernommenen Verpflichtung, so daß man eigentlich nicht von einem Übergang, vielmehr nur von einem Untergang der Obligation reden kann. In Wirklichkeit liegt hier überhaupt keine Schuldübernahme, sondern eine promissio in solutum vor. Bei der echten direkten Schuldübernahme geht die alte Schuld selbst auf den Übernehmer über, so daß die Obligation, welche im übrigen völlig dieselbe geblieben ist, nur ihr Passivsubjekt gewechselt hat. Mit Rücksicht auf diese beiden Möglichkeiten spricht man von einer Novations- und einer Successionswirkung, und gerade in den Ansichten über die logisch-juristische Möglichkeit einer Succession in eine fremde Schuld gehen die einzelnen Gelehrten und Gesetzgeber so

[12]) Münster, Über die Singularsuccession in Schulden (Gött. Inaug.-Diss. 1893) S. 5 u. 6.

sehr auseinander. Ich kann schon an dieser Stelle sagen, daß das B.G.B. im Anschluß an die Lehre hervorragender Juristen die Möglichkeit einer Passivsuccession anerkennt.

Man wird also die privative Schuldübernahme des B.G.B. kurz definieren können als den Wechsel der Person des Verpflichteten in einer bestehenden Obligation bei sonstiger völliger Identität und Integrität des Schuldverhältnisses.

v. Blume[13]) (S. 41) will „die heikle Frage der Identität gänzlich aus der Begriffsbestimmung der Schuldübernahme verbannt wissen". Ich kann dem nicht beistimmen. Gerade die Identitätsfrage ist praktisch und theoretisch eine der Kardinalfragen der ganzen Lehre von der Schuldübernahme, und es ist daher ganz unumgänglich, in einer Begriffsbestimmung seine Stellungnahme zu dieser Frage anzudeuten. Wie ich im einzelnen über den Begriff der Succession denke, werde ich später noch eingehend erörtern.

Werfen wir nunmehr einen kurzen Blick auf den Entwicklungsgang, den die Schuldübernahme in Gesetzgebung und Wissenschaft genommen hat[14]).

Beginnen wir mit dem römischen Recht.

Das römische Recht erblickte in der Obligation ein Rechtsverhältnis zwischen Personen, welches nur durch die wechselseitige Beziehung ganz bestimmter Individuen aufeinander existiert und sich von den Subjekten nicht loslösen läßt, ohne selbst unterzugehen[15]). Ein Personenwechsel in einer bestehenden Obligation war also für die Römer gleichbedeutend mit einem Untergang der Obligation. Dieser Grundsatz der Römer hing, wie Delbrück[16]) in seiner Einleitung nachweist, mit ihrer Grundanschauung zusammen, wonach die Obligation ein rein persönliches Verhältnis ist, welches nicht wie ein einfacher Bestandteil des Vermögens eine Veräußerung und Übertragung gestattet. Eine solche Auffassung von der Obligation mußte

---

[13]) v. Blume, Novation ꝛc., S. 41.

[14]) Vergl. zur Geschichte der Theorie der Schuldübernahme die trefflichen Ausführungen Schurters und die beiden weiteren Spezialarbeiten von Münster und Fluhme.

[15]) Vergl. dazu l. 11 D. de obl. et act. 44, 7, ferner l. 7 cod. de novat. 8, 42 und Gaj II § 38.

[16]) Delbrück ibid.

notwendigerweise die Sanktion des Grundsatzes von der Unübertragbarkeit einer Forderung in ihrer aktiven und passiven Seite zur Folge haben. Die Römer kannten also eine Cession oder eine Schuldübernahme in unserem Sinne nicht. Allerdings fehlt es nicht an Juristen, welche schon für das römische Recht die Möglichkeit einer Singularsuccession in Schulden behaupten. Es sind an dieser Stelle als radikalste Vertreter dieser Ansicht v. Salpius[17]) und Danz[18]) zu nennen. Allerdings der wenig ausreichende Nachweis aus den römischen Quellen hat den Vertretern dieser Richtung nur geringe Anhängerschaft gebracht. Auf eine Betrachtung der von ihnen aufgestellten Ansichten kann daher in dieser Arbeit verzichtet werden. Ich will nur kurz bemerken, daß nach Danz die Römer in dem Institut der Passivdelegation eine wahre Succession gehabt haben sollen. Auf einem ähnlichen Standpunkt steht Menzel und neuerdings verteidigt v. Blume[19]) die Anschauung, daß die Römer in der defensio in rem suam eine wahre Passivsuccession gehabt hätten. Beachtenswerter ist schon die Ansicht Windscheids über diesen Punkt, die aber auch nicht ganz so weit geht als die der eben erwähnten Schriftsteller. Windscheid[20]) meint nämlich, daß eine Singularsuccession in Schulden, wenn auch nicht gerade aktuell, so doch potentiell im römischen Recht vorhanden gewesen wäre. Die Römer hätten den Cessionar z. B. zwar nicht formell als Gläubiger angesehen, aber ihm doch gestattet, als Gläubiger und nicht bloß als Prozeßprokurator aufzutreten. Ja Windscheid geht soweit, daß er sagt, der Cessionar habe eingeklagt, quod sibi debetur, nicht quod illi debetur, allerdings nur mit einer actio utilis, und wer weiß, was geschehen wäre, ruft Windscheid aus, wenn die lebendige Entwicklung des römischen Rechts nicht abgestorben wäre. Allein die herrschende Ansicht geht trotz der Autorität Windscheids dahin, daß den Römern der Begriff der Succession in Schulden fremd war.

Das römische Verkehrsleben empfand die durch das Fehlen der

---

[17]) v. Salpius, Novation und Delegation; vergl. dazu Fluhme, Die Theorien der Passivsuccession S. 13 ff.

[18]) Danz, Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gem. Recht. Vergl. dazu Fluhme, Die Theorien der Passivsuccession S. 9 ff.

[19]) v. Blume, Novation 2c.

[20]) Windscheid, Kritische Überschau Bd. I S. 42.

Succession in Obligationen geschaffene Lücke im Rechtssystem sehr schmerzlich und mußte sich nach einem Ersatz für das Fehlende umsehen. Dem Bedürfnis nach Cession wurde man gerecht durch das bekannte Institut des mandatum in rem suam und durch Novation.

Zu ähnlichen Ausflucht smitteln griff man, um dem Verkehr einen Ersatz für die mangelnde Schuldübernahme zu schaffen. Auch hier ist die Novation dasjenige Rechtsinstitut, durch welches sich die Römer halfen. Der Römer versteht unter Novation Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines völlig neuen, ohne daß die neue Obligation aus dem Stoffe der alten gebildet wäre. Der Name „Novation" ist also eigentlich ungenau, ja geradezu irreführend, denn er legt den Gedanken an eine bloße Umwandlung der Obligation nahe, während in Wirklichkeit doch das neue Forderungsrecht nicht bloß seiner Erscheinungsform, sondern auch seiner Substanz nach ein anderes als das alte ist. Diese Frage ist allerdings sehr bestritten. Allein die von Windscheid[21]) vertretene Ansicht dürfte gegenüber den von ihm auf S. 311 Anm. 3b erwähnten Anschauungen anderer Schriftsteller, die alle eine mehr oder minder große stoffliche Einheit der beiden Obligationen annehmen, wohl am meisten für sich haben. Ein Hauptmißstand bei der Novation ist ja immer der, daß alle mit der alten Forderung verbundenen Vorzüge und Nebenrechte untergehen. Da nun aber das Verkehrsbedürfnis damit keineswegs zufrieden war, ließ man im römischen Recht hier in ganz inkonsequenter Weise das Pfandrecht der erloschenen Obligation ohne weiteres auf die neue übergehen[22]).

Das alte Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß ein neues von ihm völlig verschiedenes Forderungsrecht an seine Stelle tritt. Die Novation kann mit oder ohne Personenwechsel vor sich gehen. Insofern die Novation aber ein Ersatzmittel für die Schuldübernahme bilden soll, hat sie natürlich einen Wechsel in der Person des Schuldners zur Folge. Die Römer ließen diesen Wechsel auf zwei verschiedene Arten vor sich gehen. Das gemeinsame der beiden Arten ist das, daß der neue Schuldner dem Gläubiger gegenüber eine selbständige Verbindlichkeit einging und der alte befreit wurde. Das trennende Moment besteht darin, daß im einen Falle der Übernehmer

[21]) Windscheid, Pandekten (Obligationen) S. 311.
[22]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 242 (oben).

auf Grund einer Anweisung des Urschuldners handelt, während er im anderen Falle aus freien Stücken, jedenfalls ohne Weisung, ja vielleicht sogar ohne Wissen und Willen desselben sich verpflichtet. In ersterem Falle spricht man von Delegation (Passivdelegation), im anderen Falle von Expromission. So wenigstens die herrschende Lehre[23]). Salpius[24]) kommt auf Grund seiner Untersuchungen zu der Annahme, daß die Delegation und die Novation bei den Römern zwei vollständig voneinander gesonderte Rechtsinstitute waren und daß allenfalls die titulierte Delegation, nicht aber die reine als Novation aufgefaßt werden könnte. v. Blume[25]) kommt auf Grund von Quellenstudien zu folgendem Ergebnisse. Er gibt zu, daß die Aktivnovation in Rom zu Delegationszwecken diente und daß eine Passivnovation auf Weisung des bisherigen Schuldners nicht zu den Seltenheiten gehört, allein er behauptet, daß diese Weisung deshalb noch nicht Delegation gewesen sein müsse und es auch nie gewesen sei. Das Hauptargument für seine Ansicht findet v. Blume darin, daß der Zweck der Delegation für den Delegaten doch der sei, dem Delegatar eine Leistung zu erbringen, während durch die Passivnovation der Übernehmer dem Urschuldner eine Leistung machen wolle und es dem Gläubiger völlig gleichgültig sei, ob der Übernehmer auf Weisung oder ohne solche gehandelt habe. Unter Umständen halfen sich die Römer auch durch das Institut des mandatum defensionis. Wenn der Übernehmer dem Urschuldner gegenüber sich verpflichtet, dessen Schuld an den Gläubiger zu zahlen, ohne sich aber dem Gläubiger zu verpflichten, und wenn nun der Gläubiger gegen den Urschuldner klagte, so konnte dieser den Übernehmer zur Verteidigung gegen die Klage des Gläubigers auffordern. Dadurch entstand im Falle der Übernahme des Prozesses eine neue Obligation zwischen Gläubiger und Übernehmer[26]). Auf eine eingehendere Betrachtung des wechselseitigen Verhältnisses muß ich hier verzichten, um nicht die mir durch die Aufgabe gesteckten Grenzen zu überschreiten. Zur Novation war nach römischem Recht die Stipulationsform erforderlich. Gewisse Schriftsteller haben aus dieser Tatsache in Verbindung mit dem Umstande, daß wir keine

---

[23]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.

[24]) v. Salpius ibid.

[25]) v. Blume, Novation ꝛc.

[26]) Vergl. dazu v. Savigny, Syst. d. röm. Rechts, Bd. 6 S. 24.

Stipulation mehr haben, gefolgert, daß nun auch die Novation untergegangen sei. Diese Frage war bis zum Jahre 1900 jedenfalls streitig. Zwar muß man ja zugeben, daß ein praktisches Bedürfnis für die Novation fehlte, da die Parteien dieselben Ergebnisse, die sie durch Novation erzielten, auch auf anderem Wege erreichen konnten. Allein mit dem Entbehrlich- und Unpraktischwerden eines Rechtsinstituts ist dasselbe noch nicht weggefallen. Unser B.G.B. kennt jedenfalls die Novation nicht mehr[27]).

Das wäre in großen Zügen etwa das Bild, welches uns das römische Recht in dieser Frage gewährt. Ganz anders sieht es im deutschen Rechte aus. Das deutsche Recht hat von jeher an die Möglichkeit einer Singularsuccession in Obligationen geglaubt. Man legte im deutschen Recht nicht das Hauptgewicht auf die Personen in der Obligation, sondern man erblickte in der Obligation einen einfachen Vermögensbestandteil, der ganz wie andere Vermögensgegenstände frei übertragbar war[28]). Allein vorerst glaubte man allenthalben an das deutsche Dogma von der Übertragbarkeit der Obligationen in der Jurisprudenz noch nicht. Nur ganz vereinzelt wurden Stimmen laut, welche eine Befreundung der Wissenschaft mit dem germanischen Rechtsgedanken für nicht ausgeschlossen hielten. Allein sie verhallten ungehört. Mühlenbruch[29]), ein Hauptverfechter des römischen Dogmas, hielt die Geister noch zu sehr im Bann. „Passivnovation, ein juristisch unmöglicher Gedanke", war die Losung. Da man sich nun aber der Einsicht nicht verschließen konnte, daß das Verkehrsleben tatsächlich einer Passivsuccession nicht entraten könne und da es auch wirklich draußen im Leben Rechtsgeschäfte mit Passivsuccessionseffekt gab, so versuchte man auf die verschiedensten Arten eine Ersatzkonstruktion zu finden, welche die Erscheinungen des Verkehrs zu erklären imstande war, ohne doch dem Grundsatz von der Übertragbarkeit der Schuld eine Konzession zu

[27]) Vergl. Motive z. B.G.B. Bd. 2 S. 78, 79, 143; vergl. dazu auch Schwartz, Das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im B.G.B. (Gött. Diss.).

[28]) Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden (Einleitung).

[29]) Mühlenbruch, Cession d. Forderungsrechte. „Das Charakteristische aller Forderungsrechte" lehrte Mühlenbruch S. 20 — „zeigt sich eben darin: sie existieren nur durch die wechselseitige Beziehung, worin bestimmte Personen zueinander stehen; fällt diese Beziehung weg, so hört auch das Recht selbst auf."

machen. Ein kurzes Verweilen bei diesen verschiedenartigen Konstruktionsversuchen würde sicherlich der Mühe verlohnen. Treten wir daher in die Betrachtung derselben ein und beginnen wir mit der Theorie der „Zweigobligation" von Kuntze[30]).

Kuntze leugnet die begriffliche Möglichkeit einer Singularsuccession in Schulden, weil ein Rechtsverhältnis einen Wechsel im Subjekt nicht überdauern könne, vielmehr untergehen müsse. Kuntze glaubt dem Verkehr einen Ersatz in seiner „Zweigobligation" geschaffen zu haben. Diese vereinige, wie er meint, alle Vorzüge einer wahren Succession in sich, ohne doch Succession im vollsten Sinne des Wortes zu sein. Es sei gleich von vornherein bemerkt, daß Kuntze selbst seine Theorie später wieder fallen ließ[31]). Kuntze geht von folgenden Ideen aus[32]): Der sog. Übertragungsakt habe die Kraft, von der Schuld des Urschuldners eine Schuld des Übernehmers abzuzweigen. Diese Zweigschuld sei im Verhältnis zur alten Schuld eine neue und habe mit der alten nur das gemein, daß sie aus demselben Stoff wie diese erzeugt sei. Von einer wirklichen Übertragung und Übernahme der Schuld in dem Sinne, daß durch den Willensakt die Schuld von dem ursprünglichen Schuldner auf den neuen überspringe und dort als genau dieselbe weiter existiere, könne also nicht die Rede sein. Die Schuld verbleibe vielmehr bei dem Urschuldner, und es entstehe nur aus ihr heraus eine neue von ihr verschiedene Schuld, gewissermaßen als Ableger der alten. Da der Gläubiger auf diese Weise zwei Schuldner gewinne, sei eine Mitteilung an ihn überflüssig. Der Gläubiger habe es in der Hand, entweder den Urschuldner aus der Schuld zu entlassen oder ihn weiter in Haftung zu behalten.

Der tiefere Sinn der Kuntzeschen Theorie liegt in folgendem: Kuntze unterscheidet an jeder Obligation Stoff (Inhalt) und Form als „metaphysische Duplicität der Elemente alles Seins" und meint, bei der Zweigobligation sei die Form eine neue, der Stoff dagegen sei der alte geblieben. Die „Zweigobligation" sei daher der „Stammobligation" zwar nicht gerade identisch (denn die Form sei ja ver-

---

[30]) Kuntze, Obligation und Singularsuccession.

[31]) Kuntze, Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 4 S. 83ff.

[32]) Münster ibid. S. 11ff. gibt nähere Ausführungen darüber; vergl. auch Herz ibid. S. 13ff. und Fluhme S. 22ff.

schieden), wohl aber aus ihr abgeleitet. Kuntze sagt wörtlich[33]): „Die Zweigobligation ist eine organisch aus der Stammobligation herauswachsende, eine aus ihr organisch abgeleitete, eine derivative Obligation. Die Zweigobligation ist mit dem zivilistisch vervielfältigten Vermögensstoff der Stammobligation ausgestattet und mit dieser durch zivilistische Solidarität verwebt, gleichwie das Wachstum des Zweiges teilnimmt an der vegetabilischen Triebkraft des Stammes." Kuntze weiß aber selbst nicht recht anzugeben, was Stoff und was Form an der Obligation ist. Jedenfalls sind die Worte, die er zur Definition auf S. 60 braucht, sehr dunkel[34]). Er sagt durch das Vorhandensein von Rechtssubjekten und Rechtsobjekten sei die Möglichkeit konkreter Rechte oder Rechtsverhältnisse gegeben. Diese Möglichkeit in Beziehung zu der wirklichen Erscheinung gedacht, lasse sich als Stoff des Rechtsverhältnisses auffassen, welches in der konkreten Verknüpfung des Subjekts und Objekts in der Konstituierung des Herrschaftsverhältnisses seine Form (gleichsam seinen Leib) erhalte. Soweit die rein theoretischen Bedenken an der Kuntzeschen Theorie. Praktisch wenig empfehlend für die Theorie ist das, daß es nach Kuntze von vornherein nur eine kumulative Schuldübernahme gibt. Der Gläubiger kann zwar später eine privative daraus machen, wenn er nämlich den Urschuldner, der ihm zunächst noch verhaftet ist, nachträglich aus der Schuld entläßt. Dieser Entlassungsakt ist aber nicht mehr ein Bestandteil der Schuldübernahme, sondern kann zu ihr hinzutreten, aber auch fehlen. Es wird uns auch wohl die größten Schwierigkeiten machen, zu begreifen, wie sich von der alten Obligation plötzlich die neue abzweigt. Dieses geheimnisvolle Entstehen einer Tochterobligation aus der Mutterobligation läßt doch die Theorie als eine äußerst gekünstelte und gesuchte erscheinen. Die Kuntzesche Theorie wird auch in keiner Weise dem Parteiwillen gerecht. Die Parteien wollen den Urschuldner aus dem Schuldnexus entlassen wissen, während er bei Kuntze ruhig verhaftet bleibt. Der Gläubiger ist also in seinen Interessen mehr als geschützt. Damit wollen wir die Kuntzesche Theorie verlassen. Ich werde in anderem Zusammenhang noch öfters auf Kuntze zurückkommen.

[33]) Kuntze ibid. S. 60—77, 358.

[34]) Vergl. dazu auch Gürgens treffende Kritik in Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 228 (oben).

Unsere Betrachtung führt uns nunmehr zu einer Theorie, bei welcher wir nur ganz kurz verweilen wollen. Es ist die Theorie der sog. „fingierten Cession" von Zaun[35]). Auch Zaun geht von der Unmöglichkeit einer Passivsuccession aus. Er schreibt dem Übernahmevertrag eine doppelte Wirkung zu. Durch denselben verpflichte sich einerseits der Übernehmer dem Urschuldner gegenüber, ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien, und andererseits übertrage der Urschuldner die neu erworbene Forderung auf den Gläubiger, der durch seine Genehmigung die Cession perfekt mache. Der Gläubiger habe gegen den Übernehmer die abgetretene Forderung des Urschuldners. Der Urschuldner verliere aber trotz dieser Abtretung keineswegs seine Forderung gegen den Übernehmer. In der Hand des Gläubigers verwandle sich das durch die Cession erworbene Recht auf Befreiung in ein Recht auf Zahlung[36]).

Die Unhaltbarkeit dieser Theorie ist in die Augen springend. Es macht schon von vornherein mißtrauisch, wenn eine Theorie zu einer Fiktion ihre Zuflucht nimmt, denn jede Fiktion ist eine Unwahrheit. Vor allen Dingen ist dafür gar keine juristische Rechtfertigung mehr zu finden, daß durch ein und denselben Akt eine Forderung begründet und übertragen werden soll. Allein selbst wenn wir zugeben, daß wirklich eine Cession stattfindet, so steht es damit noch nicht viel besser um die Theorie. Zaun nimmt mit Recht an, daß der Urschuldner nicht mehr als Befreiung verlangen könne. Die Cession dieses Anspruches befriedigt aber den Gläubiger nur wenig, der Gläubiger will Zahlung der Urschuld haben. Zaun hilft sich dagegen nun dadurch, daß er die eingangs erwähnte Umwandlung der Forderung in der Hand des Gläubigers vor sich gehen läßt, bleibt uns aber die Begründung für diese seltsame Behauptung schuldig. Auch nimmt Zaun ganz willkürlich an, daß der Übernehmer dem Gläubiger keine Einreden aus dem Übernahmevertrag, sondern nur solche aus dem Urschuldverhältnis entgegensetzen könne. Es ist dies zwar ein ganz erfreuliches Resultat, aber nach der Zaunschen Konstruktion sollte man das Gegenteil annehmen.

---

[35]) Zaun, Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 113—131. Münster ibid S. 33 ff., Herz S. 16 ff. Fluhme S. 20 ff.

[36]) Über eine ähnliche Umwandlung in der Praxis des preußischen Rechts vergl. Rosbund ibid. S. 10.

Verlassen wir damit die wenig befriedigende Lehre von Zaun und fassen wir die von Bähr begründete Theorie ins Auge, welche ähnlichen Anschauungen wie Zaun sie hat, ihre Entstehung verdankt. Bähr[37]) gehört auch zu denen, welche in der Passivsuccession eine logisch-juristische Unmöglichkeit erblicken. Die pacta in favorem tertii sollen hier Hilfe bringen. Bährs Gedankengang ist etwa folgender[38]): Durch den Schuldübernahmevertrag verpflichte sich der Übernehmer dem Urschuldner gegenüber, an den Gläubiger die Schuld des Urschuldners zu zahlen. Jede Schuldübernahme sei eigentlich nur Erfüllungsübernahme. Um nun dem Gläubiger Rechte zuzuwenden, ständen zwei Wege offen: entweder könne der Urschuldner dem Gläubiger seine Forderung gegen den Übernehmer cedieren — eine Cession ist nach Bähr juristisch denkbar — oder der Übernehmer könne in Erledigung der dem Urschuldner gegenüber übernommenen Verpflichtung dem Gläubiger ein selbständiges abstraktes Zahlungsversprechen geben, welches sich mit der ursprünglichen Schuld inhaltlich decke. Die Cession brauche nicht ausdrücklich abgeschlossen zu werden, sie läge vielmehr stillschweigend in jedem Übernahmevertrag drin, der auch dem Gläubiger Rechte zuwenden wolle. Der Gläubiger habe den Vorteil, daß sein Anspruch der Verfügung der Hauptkontrahenten entzogen sei. Die Cession, als cessio in solutum gedacht, werde den Urschuldner von der Obligation befreien, habe aber der Übernehmer dem Gläubiger ein abstraktes Zahlungsversprechen gegeben, so werde der Gläubiger den Urschuldner, nachdem der Übernehmer sein Schuldner geworden sei, freigeben, und dadurch habe auch der Übernehmer seine Verpflichtung dem Urschuldner gegenüber erfüllt, da es dem Urschuldner ja gleich sein könne, auf welche Weise er frei wird. Eine mißliche Sache sei es bei der Cession allerdings mit den Einreden, denn der Übernehmer könne dem Gläubiger alle Einreden aus seinem Verhältnis zum Urschuldner entgegenhalten. Allein zur Vorsorge könne sich ja der Gläubiger vom Übernehmer ein abstraktes Zahlungsversprechen geben lassen. Dann sei diese Mißlichkeit gehoben. Wenn der Übernehmer zahle, tilge er zunächst seine eigene Schuld an den Urschuldner, zugleich aber auch dessen Schuld an den

[37]) Bähr, Jahrb. f. Dogm. Bd. 6.

[38]) Münster ibid. S. 23 ff. führt dies näher aus; vergl. aber auch die trefflichen Ausführungen Schurters S. 309 ff.; vergl. ferner Herz S. 14 ff. und Fluhme S. 17 ff.

Gläubiger, und analog mache die Klage des Gläubigers zwei Forderungen geltend, nämlich die Forderung des Gläubigers gegen den Urschuldner und die des Urschuldners gegen den Übernehmer. Zur Kritik der Bährschen Theorie ist folgendes zu bemerken. Einfach und natürlich zu sein, ist für eine Theorie immer eine Empfehlung. Auf diese beiden Attribute kann aber die Bährsche Theorie keinen Anspruch machen. Im übrigen will ich mich an dieser Stelle in der Kritik der Theorie kurz fassen. Ich werde nämlich in einem anderen geeigneteren Zusammenhang eingehend darauf zu sprechen kommen, inwieweit man überhaupt die Schuldübernahme mit Hilfe der pacta in favorem tertii konstruieren kann. Ich will hier nur vorweg bemerken, daß man von einem pactum in favorem tertii doch nur da sprechen kann, wo dem Gläubiger wirklich ein favor zuteil wird, also z. B. bei der kumulativen Schuldübernahme. Die privative Schuldübernahme beraubt den Gläubiger des einen Schuldners und gibt ihm dafür einen anderen. Rechtserwerb und Rechtsverlust. In den Übernahmevertrag ohne weiteres eine stillschweigende Cession zu legen, wie Bähr es will, ist immerhin sehr kühn und gewagt. Ich glaube, daß die Parteien an etwas derartiges gar nicht denken. Ferner ist es ganz verkehrt, anzunehmen, der Übernehmer verpflichte sich dem Urschuldner gegenüber zur Zahlung seiner Schuld. Der Übernehmer will den Urschuldner nur befreien, wie, das ist dem Urschuldner gleichgültig. Allerdings ist Bähr durch die Annahme, daß die Verpflichtung des Übernehmers so laute, der Notwendigkeit enthoben, eine Umwandlung der Schuld, wie Zaun es will, vor sich gehen zu lassen. Die Bährsche Schuld wäre direkt so, wie sie ist, cedierbar, aber so, wie Bähr meint, lautet die Schuld eben nicht. Der Gläubiger könnte insoweit mit der Bährschen Theorie recht zufrieden sein, als er ja nach erfolgter Cession zwei Schuldner hat, wenigstens dann, wenn der Urschuldner cediert, ohne gleichzeitig aus seiner Schuld entlassen zu werden. Die Parteien wollen aber, daß der Urschuldner nicht nur gleichzeitig, aber durch einen von der Cession verschiedenen Akt, sondern uno actu mit dem Obligiertwerden des Übernehmers frei werde.

Wir sind nunmehr mit Erledigung der Bährschen Theorie an einem Wendepunkt in unserer Darstellung angelangt. Alle bisher behandelten Theorien gipfeln in dem Satz von der Unübertragbarkeit einer Schuld. Jeder der erwähnten Schriftsteller konstruierte sich

einen Ersatz auf seine Weise, und keiner der Versuche konnte unsere Zustimmung finden.

Unser Weg führt uns nunmehr zu den Theorien, welche eine Passivsuccession für möglich halten. Doch bevor wir zu ihnen übergehen, müssen wir noch kurze Zeit einer Lehre unsere Aufmerksamkeit schenken, welche eine vermittelnde Stellung zwischen den beiden Gegensätzen einnimmt. Ich meine die Theorie von Delbrück[39]). Dieser Schriftsteller ist, wie ich schon in der Einleitung hervorhob, der erste, welcher darauf aufmerksam machte, daß es sich in der Schuldübernahme um ein spezifisch deutsches Rechtsgebilde handle, welches eine langsame, aber stetige Fortentwicklung durchgemacht habe und nunmehr so im Verkehrsleben eingewurzelt sei, daß die Wissenschaft sich notwendigerweise seiner annehmen müsse. Delbrück[40]) erblickt einen fundamentalen Unterschied zwischen der Obligation, einem römischen Institut, und der daraus hervorgehenden Forderung oder Schuld, einem deutschen Institut. Zur Skizzierung des Unterschiedes sei es mir verstattet, Delbrücks eigene Worte darüber wiederzugeben: „Obligatio einerseits, Forderung und Schuld andererseits sind identisch, aber auch ebenso sehr voneinander verschieden" sagt er[41]). „Die Obligation ist ein lebendiges Verhältnis zwischen Personen, welches das subjektive Verhalten derselben ausdrückt. Die Obligation ist ihrer Natur nach ein vorübergehender Entwicklungsprozeß, und wir sprechen von ihr, indem wir die Personen in ihrem Verhältnis zueinander betrachten. Forderung und Schuld dagegen sind der feste, sachliche Niederschlag der Obligation, sie drücken das objektive Verhalten dieses Begriffes aus, sie existieren, insofern sie als ruhend und dauernd gedacht werden. Wir sprechen von ihnen indem wir das Ergebnis des gemeinsamen Willens von Gläubiger und Schuldner als Gegenstand des Verkehrs, als für andere seiend anschauen. Die Obligation als Verhältnis zwischen Personen gestattet eine Übertragung nicht, allein die Forderungen, Schuld, welche die Obligation in lebendiger Entwicklung aus sich heraus erzeugt hat, ist veräußerlich. Die Schuldübernahme ist daher eine wahre Succession, aber nicht in

[39]) Delbrück; Die Übernahme fremder Schulden.

[40]) Münster ibid. S. 37 ff. behandelt dies näher; vergl. auch Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme (Gött. Diss.) S. 11 ff., ferner Fluhme S. 28 ff.

[41]) Delbrück ibid. S. 10 ff.

die Obligation, sondern in die Schuld." Entsprechend seiner Auffassung, daß die Schuld in Bezug auf Geschäfte des Sachenrechts eine ähnliche juristische Behandlung wie die Sache zulasse, lehrt Delbrück weiter, daß die Übernahme ein Realakt nach Analogie der Tradition sei. Wie diese das Eigentum übertrage, so übertrage der Übernahmevertrag die Schuld. Eine Verpflichtung zwischen den Kontrahenten zur Zahlung oder Befreiung entstehe durch die Perfektion des Vertrages nicht, vielmehr hätten die Parteien von diesem Moment an die Stellung wie nach erfülltem Kontrakt. Das persönliche Verhältnis zwischen Urschuldner und Gläubiger bestände fort, eine Lösung des Urschuldners erheische eine besondere Entlassung desselben. Der Inhalt der Schuld des Übernehmers sei dem Inhalt der Schuld des Urschuldners identisch.

Den Beweis für die innere Berechtigung seiner Unterscheidung glaubt Delbrück in der Eigenart der deutschen Rechtsauffassung und in dem Verkehrsbedürfnis gefunden zu haben. Das deutsche Recht habe eine mehr sachenrechtliche Auffassung von der Obligation, denn es spreche geradezu von Eigentum an Forderungen[42]). Allein daraus läßt sich für die Delbrücksche Theorie gar nichts folgern, und inwieweit die Delbrücksche Theorie, die den Urschuldner nicht ganz befreit, dem Bedürfnis des Verkehrs gerecht wird, darüber läßt sich streiten. Was die von Delbrück verwendete Unterscheidung der Obligation von der Forderung-Schuld angeht, ist folgendes zu bemerken: Es besteht in der Tat ein Unterschied zwischen diesen beiden, obwohl auch das B.G.B. sich desselben nicht bewußt ist. Allein dieser Unterschied ist ein ganz anderer als der, den Delbrück zugrunde legt. Es kann z. B. das Mandat längst erloschen sein, die aus dem Mandat hervorgegangene Forderung auf Ersatz der Verwendungen besteht noch oder umgekehrt, das Mandat besteht längst schon, ehe sich aus ihm die Ersatzforderung entwickelt hat. Die Obligation ist hier der Untergrund, aus dem die Forderung herauswächst. Die Obligation schließt die Möglichkeit in sich, demnächst

---

[42]) Vergl. dazu die scharfe Kritik Heuslers in seinen Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 374 ff. Bd. 2 S. 225 ff., wo er sagt: „Für den Satz, daß Forderungsrechte als Sachen . . . behandelt worden wären, gibt es im deutschen Recht nicht den geringsten Anhaltspunkt. Das deutsche Recht schließt jede Vermittlung zwischen res und obligatio aus und führt die Gegensätzlichkeit der beiden Begriffe so klar und bewußt durch wie das römische Recht."

Forderungen zu erzeugen, aber die Obligation ist nicht identisch mit der Forderung. In diesem Sinne besteht also allerdings ein Unterschied. Allein bei der Theorie Delbrücks sehen wir uns vergeblich danach um, was denn sachlich nun eigentlich übergeht, wenn die Obligation ihrem ursprünglichen Subjekt treu bleibt, denn mit dem bloßen Wort, daß etwas übergeht, ist es doch nicht getan. Der Übernehmer haftet aus der Schuld, der Urschuldner aus der Obligation, also beide haften, aber, wie Delbrück meint, aus völlig verschiedenem Schuldgrund. Wir müßten also, da Obligation und Schuld nach Delbrück streng voneinander getrennt sind, in unserem Falle Rechtsgebilde vor uns haben, die wenigstens formell verschieden sind, wenn sie auch inhaltlich miteinander übereinstimmen. Allein die Verpflichtung des Übernehmers soll ja der des Urschuldners gerade identisch, sie soll genau dieselbe sein. Formelle Verschiedenheit, materielle Gleichheit bestand ja schon im römischen Rechte zwischen der alten und der aus Novation hervorgegangenen Forderung. Der Fortschritt Delbrücks gegenüber dem römischen Rechte soll ja gerade der sein, daß die Forderung auch formell dieselbe ist. Dieses Dilemma, in welches Delbrück gerät, widerlegt die Theorie zur Genüge.

Nach diesem Exkurs wollen wir nunmehr zu den Schriftstellern übergehen, welche an die Möglichkeit einer Passivsuccession glauben. Gürgens[43]) gehört zu den ersten, welche behaupteten, die Singularsuccession in Schulden sei nicht nur begrifflich möglich, sie sei vielmehr heutiges gemeines Recht. Im Laufe der Zeit schlossen sich dieser Ansicht eine ganze Reihe der hervorragendsten Rechtsgelehrten an. Die rechtliche Geltung der Passivsuccession wird von ihnen damit motiviert, daß begriffliche Schwierigkeiten oder positive Rechtssätze ihrer Annahme nicht entgegenständen und daß die gewohnheitsrechtliche Übung sie längst bei uns eingeführt habe (Gürgens, S. 233 ff.).

Wenn wir uns nunmehr mit den Theorien bekannt machen wollen, welche die Möglichkeit einer Passivsuccession zum Fundamentalsatz haben, so stoßen wir zuerst auf die Theorie von Menzel. Diese führt den Namen „Delegationstheorie" Menzel gibt zu, daß die Römer eine Passivsuccession nicht kannten, glaubt aber, durch eine planvolle, sinngemäße Fortbildung und Modifikation der römischen

[43]) Gürgens, Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 221 ff.

Delegation den gewünschten Erfolg erzielen zu können. Die Modifikationen seien viel zu gering, meint er, als daß die Rechtskontinuität deshalb als unterbrochen bezeichnet werden müßte. Zwar schaffe auch die relative titulierte Stipulation[44]) eine neue Obligation, denn sie sei eine neue, selbständige causa debendi, zwar sei auch das Versprechen des Delegaten mit der Schuld des Deleganten nur materiell, keineswegs aber auch formell identisch, allein, fährt Menzel[45]) fort, der heutige formlose Vertrag, der an die Stelle der Stipulation gerückt sei, erzeuge nicht notwendig eine neue Obligation, er könne auch dazu dienen, lediglich den Inhalt einer Obligation zu modifizieren, der Forderung eine Richtung gegen eine andere Person zu geben. Eine bloße Fortbildung des römischen Rechts sei es zu nennen, wenn nach unseren modernen Begriffen die zur Perfektion der Delegation erforderlichen Rechtsakte nicht mehr gleichzeitig (wie bei der Stipulation), sondern successiv vorgenommen werden könnten. Die letztere Argumentation ist überzeugend, allein die Beweisführung zum ersten Punkt ist keineswegs ausreichend, um uns von der formellen Identität der beiden Obligationen zu überzeugen. Die Stipulationsschuld ist eine neue Schuld und nicht mehr die alte, die Schuld des Übernehmers soll aber doch die des Urschuldners sein. Wo nun zwei Rechtsgedanken in so schroffem Gegensatz zueinander stehen, kann der eine nicht mehr als „sinngemäße Fortbildung" des anderen bezeichnet werden. Also auch Menzel bringt uns in der Erkenntnis nicht weiter.

Wenn wir uns nunmehr zu den Schriftstellern wenden wollen, welche das Problem unter Zuhilfenahme der Verträge zugunsten Dritter zu lösen suchen, so begegnen wir u. a. da den Namen Danz[46]), Stobbe[47]), Gierke[48]), Bekker[49]). Ihre Konstruktion hat viel

---

[44]) Eine Delegation, bei welcher der Delegat nicht schlechthin den alten Obligationsgegenstand verspricht wie bei der reinen Delegation, sondern sich nur zur Erfüllung dessen verpflichtet, was der alte Schuldner wirklich schuldig war.

[45]) Menzel, Grünhuts Zeitschrift Bd. 11 S. 597 ff.; vergl. zu Menzel auch Münster ibid. und Fluhme, Die Theorien der Passivsuccession (Diss. Erlangen), welche dies näher ausführen.

[46]) Danz ibid. S. 142 ff.

[47]) Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 218 ff.

[48]) Gierke, Schmollers Jahrb. Bd. 13 S. 200.

[49]) Bekker, Pandekten.

Verwandtes mit den Theorien von Bähr und Zaun. Allein deswegen darf man die beiden Richtungen doch nicht miteinander verwechseln. Bähr und Zaun halten, wie wir gesehen haben, am römisch-rechtlichen Grundsatz fest, während die eben erwähnten Schriftsteller auf der deutsch-rechtlichen Anschauung ihre Ansichten aufbauen. Im übrigen wollen wir uns auch hier nicht in eine Kritik einlassen, da ja, wie gesagt, in einem späteren Kapitel die Stellung der pacta in favorem tertii zur Schuldübernahme eine eingehende Erörterung finden soll[50]).

Immerhin schon annehmbarere, wenn auch noch keineswegs ganz richtige Resultate liefert die sog. „Kollektivoffertentheorie", wie sie von Gareis[51]), Simon[52]) und teilweise auch von Menzel vertreten wird[53]). Sie verlangen die Mitwirkung dreier Personen, des Gläubigers, Urschuldners und Übernehmers, deren Rollen sie so verteilen: Urschuldner und Übernehmer schließen einen Vertrag, der eine Doppelfunktion habe, er sei einerseits selbständiger Verpflichtungsvertrag für sich, andererseits läge darin ohne weiteres zugleich eine Kollektivofferte an den Gläubiger zu einem neuen Vertrag, der durch die Acception des Gläubigers perfekt werde. Dieser letztere drei Kontrahenten umfassende Vertrag sei die eigentliche Schuldübernahme[54]). Vor erfolgter Ablehnung der Kollektivofferte sei der Übernehmer zu einer positiven Handlung noch nicht verpflichtet, verweigere aber der Gläubiger den Beitritt, dann sei der Übernehmer dem Urschuldner gegenüber zur Zahlung der Schuld verbunden. Die zweite Funktion des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer kommt somit erst dann zur Geltung, wenn die erste erloschen ist. Die fix und fertig vorhandene Kollektivofferte wird dem Gläubiger mitgeteilt, jedoch ist der eine zur Stellvertretung des anderen berechtigt, so daß jeder für sich und den anderen die Mitteilung machen kann. Wie es möglich

[50]) Vergl. zu diesem Konstruktionsversuch die guten Ausführungen Schurters S. 311 ff.

[51]) Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 272.

[52]) Simon in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24 S. 96 ff.

[53]) Menzel ibid. vergl. zur „Kollektivoffertentheorie" Schurter S. 329 ff. und Fluhme ibid., welche dies näher ausführen.

[54]) Kipp konstruiert mit Hilfe dreiseitiger Verträge, indem er den Gläubiger dem zwischen Urschuldner und Übernehmer abgeschlossenen Übernahmevertrag als dritten Kontrahenten „beitreten" läßt. (Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 353 ff.); vergl. zu Kipp auch v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 417.

ist, von einer Offerte an den Gläubiger zu reden, wo doch durch den Vertrag als solchen an den Gläubiger gar keine Mitteilung und gar kein Angebot gemacht wird, läßt sich nicht recht denken[55]). Im Wesen der Offerte liegt es doch, daß der Gläubiger in irgend einer Weise angegangen wird, hier soll aber dem Gläubiger die Offerte, nämlich der fix und fertige Vertrag noch einmal besonders mitgeteilt werden. Mit Recht frägt da v. Blume[56]), ob nicht etwa erst in diese Mitteilung die Offerte hineinzuverlegen ist[57]).

Und nun zum Schlusse unserer geschichtlichen Wanderung wollen wir uns noch kurz einen orientierenden Überblick über die Stellung, welche die hauptsächlichsten uns interessierenden Gesetzgebungswerke in der Frage der Schuldübernahme einnehmen, verschaffen. Beginnen wir mit dem code civil[58]). Der code civil steht in unserer Frage auf dem römisch-rechtlichen Standpunkt. Er proklamiert die Unmöglichkeit der Passivsuccession. Die Novation ist also nach französischem Recht der einzige Weg, auf welchem sich eine Schuldübernahme bewerkstelligen läßt. Novation ist aber „la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, celle-ci est éteinte par la nouvelle, qui est contracté en sa place“ [59]). Die französische Jurisprudenz teilt die Novation in zwei Arten ein, in die sog. „objektive“ Novation, zufolge deren die alte Obligation durch Begründung einer neuen unter denselben Parteien aufgehoben wird, und in die sog. „subjektive“ — sie allein interessiert uns hier —, bei welcher dies unter gleichzeitigem Wechsel der Person des Schuldners oder Gläubigers vor sich geht[60]). Art. 1271 sagt: „La novation s'opère de trois manières, u. a. auch lors qu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier.“ Die Novation, welche an die Stelle des alten Schuldners einen neuen setzt, zerfällt

---

[55]) So auch Schurter S. 382.

[56]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 117.

[57]) Menzel glaubt nicht, daß in dem Vertrag als solchem ohne weiteres bereits eine Offerte liege.

[58]) Über das Verhältnis der Schuldübernahme des B.G.B. zum französischen Recht vergl. die Monographie von Kah, Die Schuldübernahme des B.G.B. mit vergleichender Rücksicht auf das französische Recht (Puchelts Zeitschrift B. 30 S. 332—354).

[59]) Laurent, Droit civil 3, 51.

[60]) Crome, Französisches Obligationenrecht S. 325 ff.

selbst wieder in zwei Arten, in die sog. „Passivdelegation“ und in die sog. „Expromission“. Passivdelegation ist nach Art. 1275 „la délégation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le créancier“. Passivdelegation liegt also vor, wenn der alte Schuldner seinem Gläubiger einen neuen Schuldner überweist. Gibt dann der Gläubiger den alten Schuldner gegen das Sichverpflichten des neuen Schuldners frei, so liegt die sog. „délégation parfaite“ vor, bleibt der alte Schuldner verhaftet, so spricht man von „délégation imparfaite“. Expromission liegt dann vor, wenn der neue Schuldner ohne Auftrag des bisherigen Schuldners in die Schuld eintritt und dadurch den Urschuldner frei macht. Eine Mitwirkung des Urschuldners ist hier nach Art. 1274 nicht erforderlich. Einer Eigentümlichkeit des code civil ist hier noch zu gedenken, um so mehr, als sie sich im B.G.B. nicht vorfindet. Art. 1276 sagt: „Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse ou que le délégué ne fût déjà en faillité ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

Auf dem Standpunkt des römischen Rechtes steht auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[61]). Dieses kennt nur eine Novation, aber keine Passivsuccession. Der § 1003 spricht ausdrücklich von einem Neuerungsvertrag. Die §§ 1002—1004 unterscheiden auch zwischen novatorischer Delegation und Expromission.

Ferner stehen auf dem Boden des römischen Rechts in dieser Hinsicht der hessische Entwurf Art. 322, 326, 327, der Dresdner Entwurf Art. 375, 379 und das schweizerische Obligationenrecht Art. 142 Abs. 2, 129[62]).

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht das preußische Land-

[61]) Wegen des Verhältnisses des sächsischen Rechts zum B.G.B. vergl. Tränkner im sächs. Archiv Bd. 7 S. 593 ff.

[62]) Über die Stellung des gegenwärtigen und künftigen schweizerischen Rechts zur Theorie der Schuldübernahme vergl. Schurter, Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Zivilgesetzbuch (Zeitschr. f. schweiz. R. 42 Jahrg. 1901 S. 303—390).

recht[63–65]). Dieses glaubt an die Möglichkeit einer Passivsuccession. Es kennt zwei Rechtsinstitute der Schuldübernahme, nämlich die „Expromission" und die „Delegation". Diese beiden Rechtsinstitute handelt das Landrecht nicht in der Lehre von der Novation als Umschaffung der Obligation I, 16 § 450—475 ab, sondern es widmet ihnen zwei besondere Kapitel I, 14 § 399 ff. und I, 16 § 264 ff. Unter Expromission versteht das Landrecht die Vereinbarung des Übernehmers mit dem Gläubiger die Schuld des nunmehr ausscheidenden Urschuldners zu übernehmen. § 399 sagt: „Wenn jemand eine fremde Schuld statt des ersten Schuldners übernimmt (Expromission), so fällt alle Verbindung zwischen letzterem und dem Gläubiger hinweg." Während die römische Expromission ebenso wie die des code civil das alte Schuldverhältnis völlig beseitigt und ein neues an seine Stelle setzt, läßt die Expromission des preußischen Landrechts das alte Schuldverhältnis vollkommen bestehen und ändert in demselben nur die Person. So Dernburg, Preußisches Privatrecht II, 152, Förster-Eccius, Gemeines Preußisches Privatrecht I, 682, Koch, Privatrecht II, 168/169. Die Delegation des preußischen Landrechts ist anders geartet wie die des römischen Rechts. Das Landrecht spricht von Delegation, wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine Anweisung in dem Sinne gibt, daß der Anweisende durch deren Annahme seitens des Überwiesenen von seiner Schuld befreit wird. § 264 sagt: „tritt bei einem solchen Geschäft, wo der Angewiesene (hier Gläubiger) den Anweisenden (hier Urschuldner) völlig entläßt und statt seiner den Assignaten (hier Übernehmer) zum Schuldner annimmt, auch die Einwilligung des Assignaten hinzu, so ist Delegation vorhanden." Die Delegation bedeutet Succession in ein bestehendes Schuldverhältnis. Allein der Überwiesene succediert nicht als Schuldner in das Schuldverhältnis, das zwischen dem Anweisenden (als Schuldner) und dem Angewiesenen (als Gläubiger) besteht, sondern der Angewiesene succediert als Gläubiger in das Schuldverhältnis, das zwischen dem Anweisenden (als Gläubiger) und dem Überwiesenen (als Schuldner) besteht. Nur dann, wenn die Überweisung statt-

---

[63]) Dernburg, Preuß. Privatrecht.
[64]) Förster-Eccius, Gemeines preuß. Privatrecht.
[65]) Koch, Privatrecht.

gefunden hat, ohne daß der Delegat dem Deleganten etwas schuldig war, sondern gerade umgekehrt der Anweisende dem Delegaten nunmehr etwas schuldig wird, succediert der Delegat (als Schuldner) in das Schuldverhältnis zwischen dem Deleganten (als Schuldner) und Delegatar (als Gläubiger). So Dernburg S. 151, Förster-Eccius S. 679, Koch-II, S. 167/168.

Das allgemeine österreichische bürgerliche Gesetzbuch steht auf dem deutsch-rechtlichen Standpunkt. Es kann nicht bezweifelt werden, daß nach diesem Recht eine Passivsuccession in Obligationen möglich ist. Das Institut, welches im österreichischen Recht die Schuldübernahme bewerkstelligt, ist die sog. „vollständige Assignation". § 1400 spricht sich über die Assignation wie folgt aus: „Durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners kann eine Umänderung der Verbindlichkeit entstehen, wenn der Schuldner an seine Stelle einen Dritten als Zahler stellt und den Gläubiger an ihn anweist", und § 1401 sagt: „Wenn der angewiesene Gläubiger (Assignatar) den ihm zum Zahler zugewiesenen Dritten (Assignaten) anstatt des anweisenden Schuldners (Assignanten) annimmt und der Assignat einwilligt, so ist die Anweisung (Assignation) vollständig, der Assignatar kann in der Regel die Forderung gegen den Assignanten nicht mehr stellen." Die Assignation besteht also darin, daß der bisherige Schuldner dem Gläubiger einen neuen Schuldner zuweist und der Gläubiger diesen neuen Schuldner mit dessen Einverständnis in die Schuld, die sonst dieselbe bleibt, an die Stelle des ausscheidenden alten Schuldners aufnimmt[66–67]). Man sieht, die Assignation des österreichischen Rechts ist sehr wesentlich von der des römischen Rechts verschieden, sie hat die meiste Ähnlichkeit mit der Delegation des römischen Rechts, unterscheidet sich aber auch von ihr erheblich dadurch, daß die römische Delegation eben novatorische Wirkungen hat, während die Assignation des österreichischen Rechts die alte Obligation vollkommen bei Bestand läßt und ihr nur einen neuen Schuldner gibt.

Damit haben wir uns langsam dem Ziele unserer geschichtlichen Wanderung genähert. Sie hat uns in großen Zügen ein Bild von dem allmählichen Fortschreiten der juristischen Erkenntnis in der

[66]) Unger, System des allg. österr. Privatrechts Bd. 2 S. 20 ff.
[67]) Kirchstätter, Komm. z. allg. österr. bürg. Gesetzbuch S. 668/69.

Materie der Schuldübernahme entrollt. Sie hat uns auch gezeigt, wie sich die hauptsächlichsten Gesetzgebungswerke zu unserer Frage stellen. Nur zwei Theorien wären noch zu erwähnen, um das Bild zu vollenden: es sind dies die sog. „Verfügungstheorie" und die allerneueste von v. Blume und Hellwig aufgestellte Theorie. Allein aus gleich nachher zu erwähnenden Gründen möchte ich von der bisher beobachteten äußeren Form der Darstellung abweichen und nunmehr eine andere Anordnung des Stoffes wählen. Die erste der beiden Theorien ist nämlich die vom B.G.B. adoptierte und die zweite Theorie ist diejenige, welche ich für die richtige halte. Ich will daher nicht jede der beiden Theorien ganz streng räumlich gesondert für sich, sondern mehr beide zusammen darstellen. Ich genieße dann den Vorteil, die einzelnen Konsequenzen derselben besser miteinander durch Nebeneinanderstellung vergleichen und so den wissenschaftlichen Wert der beiden Theorien an ihren Konsequenzen besser prüfen zu können, ohne den Vorwurf der Wiederholung auf mich zu laden, der sonst unausbleiblich wäre.

Die Schuldübernahme nach dem B.G.B.

Das B.G.B. hat dem Zuge der Entwicklung folgend, die Singularsuccession in Forderung und Schuld anerkannt und damit einer in der Wissenschaft von anerkannten Gelehrten[68]) vertretenen Ansicht[69]) auch zum praktischen Sieg verholfen[70]). Es kann also nach dem B.G.B. ein neuer Schuldner an die Stelle des alten treten, ohne daß eine neue Obligation begründet zu werden brauchte. Die alte Obligation bleibt vielmehr bestehen genau so wie sie ist, und die einzige Änderung, die sie erfährt, ist die, daß sie eben jetzt einen neuen Schuldner in sich schließt. Man nennt diese Art der Veränderung in der Wissenschaft „subjektive" Veränderung im Gegen-

[68]) Von den älteren sprechen sich für Passivsuccession namentlich Windscheid, Beseler, Bluntschli, Brinz, Arndts, Sintenis, Gürgens und Unger, dagegen vorwiegend v. Savigny, Puchta, Vangerow, Bähr und Mühlenbruch aus.

[69]) Vergl. dazu v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 400 (Mitte).

[70]) Der Gedanke von der Möglichkeit einer Passivsuccession hatte sich übrigens auch schon vor dem B.G.B. in der Praxis mehrfach Bahn gebrochen; vergl. dazu Entsch. d. R.O.H.G. 8 Nr. 27, Entsch. der R.G. in Civ. I Nr. 142 S. 403 ff., II Nr. 72 S. 263, VII Nr. 64 S. 217 ff.

satz zu der Modifikation der Rechte nach Inhalt oder Gegenstand, die man vielleicht analog „objektive" Veränderung nennen könnte[71]).

Und mit dieser Regelung der Dinge hat das B.G.B. auch sicher das praktisch Richtige getroffen. Ich sage ausdrücklich, es hat das praktisch Richtige getroffen, und meine damit, es hat einen Satz in unsere Gesetzgebung eingeführt, an dessen Richtigkeit man vom Standpunkt der praktischen Vernunft aus nicht zweifeln kann. Ob das B.G.B. mit seiner Normierung auch das theoretisch Richtige getroffen hat, d. h. ob der Satz des B.G.B. auch einer Kritik der rein theoretischen Vernunft standhalten kann, das ist eine Frage, über die sich streiten läßt, über die auch schon viel gestritten worden ist und noch viel gestritten werden wird. Jeder, der einmal einen Blick in die Hauptprobleme der wissenschaftlichen Jurisprudenz geworfen hat, wird wissen und mir gern bezeugen, daß es wohl nur wenige Fragen in der ganzen Jurisprudenz gibt, die einen so lebhaften Widerstreit der Meinungen hervorgerufen haben, wie gerade die Frage nach der Singularsuccession in Obligationen. Sie gehört eben zu den „pikantesten Fragen"[72]) der ganzen Jurisprudenz. Wir müssen uns mit ihr auseinandersetzen. Doch bevor wir in die Erörterung der Kontroverse eintreten, wollen wir uns genau die Fragen, um welche es sich handelt, formulieren. Hätte man lediglich erkennen wollen, wie eine positiv gegebene Rechtsordnung über die Sondernachfolge in Schulden denkt, so wäre der wissenschaftliche Streit wohl nie entstanden, denn jedes empirische Rechtssystem wird reichlich Anhaltspunkte bieten, die uns seine Stellungnahme zum Begriff der Succession zu erkennen geben. So lassen die Motive des B.G.B. und auch der Gesetzestext selbst keinen Augenblick über den Standpunkt, den das Gesetz in dieser Frage einnimmt, im Zweifel[73]). Allein die wissenschaftliche Jurisprudenz[74]) begnügt sich nicht mit dem positiv Gebotenen, sie nimmt nicht einfach kritiklos eine Gesetzesbestimmung hin, sondern sie prüft alle Erscheinungen

---

[71]) Schey, Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 747.

[72]) Kuntze ibid. S. 18.

[73]) Vergl. dazu auch v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 396 ff., 400 und Regelsberger ebenda S. 474.

[74]) Das ist ja gerade der Charakter der Rechtswissenschaft im Gegensatz zur Gesetzeskunde. Vergl. dazu auch die treffenden Bemerkungen bei Herz S. 22 (oben).

des Rechtslebens auf ihre innere Vernunft- und Zweckmäßigkeit und bewahrt dadurch, wie Schütze[75]) sagt, „unser Rechtssystem vor dem Gebrechen, daß gewisse Sätze und Begriffe obgleich unwahr oder nur halbwahr in Doktrin und Praxis traditionell werden". In unserer Frage will die Wissenschaft vor allem wissen, ob für das Institut der Passivsuccession ein Verkehrsbedürfnis besteht und ob die Passivsuccession so, wie sie in unserem Recht geregelt ist, diesem Verkehrsbedürfnis auch wirklich gerecht werden kann, sodann will sie wissen, ob die Passivsuccession sich auch mit unseren Denkgesetzen in Harmonie bringen, mit anderen Worten, ob sie sich zwanglos in den logischen Organismus des Rechts eingliedern läßt. Daß die Einführung des Instituts der Passivsuccession überaus zweckmäßig ist, ja daß der Verkehr ihr Fehlen als eine große Lücke empfinden würde und empfunden hat, haben wir bereits an früheren Stellen der Darstellung zur Evidenz gesehen[76]). Über alle diese Punkte war man sich auch von jeher noch einig. Nur bezüglich der logischen Möglichkeit einer Sondernachfolge in Schulden hat man sich bisher noch nicht einigen können. Hier ist das Feld, auf dem der Kampf der wissenschaftlichen Meinungen sich abspielt. Es gibt allerdings auch Stimmen, die eine Untersuchung der Passivsuccession auf ihre logische Haltbarkeit für nutzlos erklären. So sagt Bekker[77]): „Heutzutage ist es müssig zu streiten, ob das Recht des Vorgängers mit dem des Nachfolgers wirklich identisch ist oder ob es in irgend einer anderen Beziehung zu demselben stehe"[78]). Dieser Ansicht Bekkers kann ich nicht beipflichten. Die wissenschaftliche Jurisprudenz muß, wenn sie Wissenschaft sein will, an alle Institute des Rechtslebens das Seziermesser der Logik anlegen. Keine Wissenschaft kann der Logik entraten, auch die Jurisprudenz nicht. Sehr treffend sagt Merkel[79]) in dieser Beziehung: „Die Frage, ob das philo-

---

[75]) Schütze, Grünhuts Zeitschrift Bd. 6 S. 21.

[76]) Vergl. dazu auch Delbrück ibid. S. 74, Gürgens ibid. S. 241 und die schon früher zitierten Motive (S. 101) des Entwurfs d. bayr. Gesetzbuchs (München 1861) bei Gürgens S. 240 Anm. 21.

[77]) Bekker, Pandektenrecht Bd. 1 S. 106 (Aufl. 86).

[78]) Vergl. dazu auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 41, welcher die Frage nach der Möglichkeit der Passivsuccession einen „Prinzipienstreit ohne prakt. Wert" nennt.

[79]) Merkel, Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 6.

sophische Element im Bereiche der Jurisprudenz Geltung habe, ist identisch mit der Frage, ob die Jurisprudenz als Wissenschaft anzuerkennen ist oder nicht." Bei dieser Betrachtung des Rechts unter dem Gesichtswinkel der Logik kann es ja vorkommen und kommt es tatsächlich auch oft vor, daß Rechtsinstitute zwar als überaus zweckmäßig und verkehrsförderlich erscheinen, aber vor der Kritik der rein theoretischen Vernunft nicht stand zu halten vermögen. Ich erinnere in dieser Beziehung an den überaus logischen, aber für ein entwickeltes Verkehrsleben höchst unzweckmäßigen Satz der Römer: „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet." Auch Kuntze[80]) weist auf den „fundamentalen Unterschied", wie er ihn nennt, zwischen dem eigentlichen Rechtsprinzip, der strengen Rechtskonsequenz und der aequitatis utilitatisque ratio hin und führt eine ganze Reihe von Beispielen an, die diese Disharmonie zwischen dem „absoluten und relativen Element" im Recht dartun.

Verkehrsbedürfnis und Theorie stimmen gar oft nicht miteinander überein. Zu untersuchen, worin diese Antinomie unseres praktischen und theoretischen Bewußtseins ihren letzten Grund hat, überschreitet den Rahmen dieser Arbeit. Für uns genügt hier die Konstatierung der Tatsache. Wenn Verkehrsbedürfnis und Theorie miteinander im Einklang stehen, ist man der Aufgabe enthoben, der einen den Vorzug vor der anderen zu geben, divergieren sie aber, so muß die eine der anderen weichen. Die Aufgabe der Jurisprudenz scheint es mir nun zu sein, in allen Divergenzfällen dieser Art den Punkt aufzudecken, von wo an Verkehrsbedürfnis und reine Theorie getrennte Wege gehen, und sich dessen voll und ganz bewußt zu werden, daß hier ein Widerspruch zwischen unserem theoretischen und praktischen Bewußtsein gegeben ist. Damit ist nun aber noch gar nichts darüber gesagt, welche der beiden Mächte im Divergenzfall den Vorzug vor der anderen genießen soll. Wir haben bis jetzt nur gesagt, daß jedes Rechtsinstitut auf sein Bestehenkönnen vor den Gesetzen des theoretischen Denkens zu prüfen ist und daß, wo unser theoretisches Bewußtsein mit unserem praktischen nicht mehr in Einklang zu bringen ist, wo also eine Divergenz vorliegt, wir uns derselben genau bewußt werden müssen. Kuntze[81]) sagt

[80]) Kuntze ibid. S. 397, 398.
[81]) Kuntze ibid. Schluß.

in dieser Beziehung: „Gleich wie die Mathematik die theoretische Basis der Naturwissenschaften ist und diese von jener getragen und durchdrungen sein müssen, so muß auch die Logik des Rechts als Basis und Kern, als Knochenbau und Gerüste des Rechtssystems und seines Studiums angesehen, ein streng kommensurables Element im Rechte anerkannt und die Reihenfolge der Konsequenzen, welche mit innerer Notwendigkeit sich aus einzelnen allgemeinen Sätzen ergeben, entwickelt werden." Wo nun aber eine Divergenz zwischen den Anforderungen der Logik und dem Bedürfnis des Verkehrs vorliegt, da darf man nicht so engherzig sein, das praktische Bedürfnis der Theorie zum Opfer bringen zu wollen. In Divergenzfällen muß das Verkehrsbedürfnis vorgehen, sonst treibt man eben mit der Logik einen „Kultus", wie Ihering sagt, und das ist entschieden verwerflich. Das Recht ist eben nicht — das sind die Worte Iherings[82]) — „eine Schöpfung der juristischen Dialektik, zu deren Verständnis praktische Anschauungen überhaupt nicht nötig sind, ein Tummelplatz für die Leidenschaft scholastischer Spitzfindigkeit. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein." Ihering hat darin vollkommen recht, daß das Verkehrsbedürfnis in Divergenzfällen den Anforderungen der Logik vorzugehen hat und daß man nicht lediglich der Logik wegen unpraktische aber logische Sätze in das Rechtssystem aufnehmen und praktische aber weniger logische daraus entfernen soll. Hat man sich nun aber in einem Divergenzfalle zu Gunsten des praktischen Bedürfnisses und zu Ungunsten der Logik entscheiden müssen, so soll man sich dessen genau bewußt werden, daß und an welchem Punkte man mit der Logik gebrochen hat. Es ist doch auch wohl nicht angängig, lediglich im Konsequenzenziehen logisch verfahren zu wollen, bei der Aufstellung des Prinzips selber aber, aus dem man die Konsequenzen zieht, die Logik ignorieren zu wollen. Das Prinzip muß logisch ebenso unanfechtbar sein wie das Verfahren, das man beim Konsequenzenziehen beobachtet, immer vorausgesetzt, daß Zweckbedürfnisse nicht einen Bruch mit der Logik erheischen. Ich bin zu dieser letzteren Ausführung dadurch veranlaßt worden, daß ich bei der Lektüre der ein-

---

[82]) Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 S. 309 ff.

schlägigen Literatur öfters gelesen habe, es sei gleichgültig, ob begrifflich eine Passivsuccession möglich sei oder nicht, es genüge, daß man aus dem vom Verkehrsbedürfnis geforderten und überdies vom Gesetz noch ausdrücklich anerkannten Prinzip, daß Sondernachfolge in Schulden möglich sei, logisch richtige Schlüsse ziehe. Diese Art des Verfahrens mag denjenigen, der sich kritiklos auf den Boden des positiven Rechts stellt, befriedigen, die Wissenschaft aber kann jedenfalls nicht so ohne weiteres die Inkonsequenz hinnehmen, daß man im Aufstellen des Prinzips die Logik vernachlässigt und hinterher im Schlüsseziehen aus dem Prinzip die verstoßene wieder annimmt.

Mancher wird vielleicht sagen, derartige Fragen der juristischen Methodologie gehören nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Ich bin mir dessen bewußt etwas weit ausgeholt zu haben, allein ich glaubte es tun zu müssen, um den Zweck der folgenden rein logischen Untersuchungen schon im voraus gerechtfertigt zu haben. Ich will hier gleich vorweg bemerken, daß ich vom Standpunkt der theoretischen Vernunft aus die Passivsuccession für unmöglich halte, daß ich aber vom Standpunkt der praktischen Vernunft aus sie gern für jedes Rechtssystem adoptiere und daß ich es daher auch mit Freuden begrüßt habe, daß unser B.G.B. sie in sich aufgenommen hat. Obwohl ich also für das praktische Recht an der Möglichkeit einer Sondernachfolge in Schulden nicht zweifle, suche ich doch im folgenden darzutun, daß sie logisch, rein theoretisch unmöglich ist. Und im Hinblick auf die methodologischen Bemerkungen, die ich vorausgeschickt habe, glaube ich, daß den nunmehr folgenden rein logischen Ausführungen der Vorwurf erspart bleibt, deshalb zwecklos, überflüssig und unpraktisch zu sein, weil ich ja im praktischen Resultat doch dort angelange, wo die bereits sind, welche an die Möglichkeit der Passivsuccession auch für die theoretische Vernunft glauben. Ihering[83]) sagte einmal von den Untersuchungen, die lediglich wissenschaftliches Interesse haben und daher als unpraktisch verpönt sind: „Das ist auch eine von den guten Lehren, die uns die römische Jurisprudenz gegeben hat, daß die Wissenschaft, um praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken darf." Der Wissenschaft, was der Wissenschaft gebührt, dem praktischen Recht, was dem praktischen Recht gebührt. In Hand- und Lehrbücher gehören Erörte-

[83]) Ihering in seinem Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 18.

rungen wie die hier gemachten nicht hinein, allein in monographischen Arbeiten dürften sie kaum als unnötiger Ballast empfunden werden. Sehr schön sagt Schütz[84]) in dieser Beziehung: „Diese Schriften (die Monographien) sind und bleiben selbstverständlich ein freier Tummelplatz sowohl für positiv-rechtliche als philosophische Erörterungen, Ergebnisse und Begründungen. Nur ist es wünschenswert, daß der Verfasser sich klar bewußt bleibt und auch dem Leser erkennbar macht, was dem positiven Rechtsstoffe, was der eigenen oder fremden Spekulation entnommen worden ist." Und in ähnlichem Sinne äußert sich auch v. Blume[85]), wenn er zwar die Schriftsteller, die sich mit der Schuldübernahme befaßt haben, deshalb tadelt, weil sie sich nach bekannter Weise um die Prinzipienfrage der Möglichkeit der Passivsuccession geschlagen und darüber vergessen hätten nach dem praktischen Zwecke des umstrittenen Rechtsinstituts zu fragen, aber nachher selbst zugibt, daß es der Wissenschaft trotzdem überlassen bleibe, darüber zu verhandeln, ob und wann sich die Denkform Succession logisch rechtfertigen lasse.

Ich will eben nachweisen, daß auch hier in unserem Falle eine Divergenz zwischen den Anforderungen der reinen Logik und dem Verkehrsbedürfnis vorliegt.

Bekanntlich hat es das Recht in seinen Begriffen (Obligation, Eigentum u. s. w.) nicht mit Dingen der körperlichen Erscheinungswelt zu tun, sondern mit geistigen, psychischen, rein immateriellen Gebilden[86]). Man hat wohl schon den Tisch gesehen, an dem Eigentum besteht, nicht aber das Eigentum selbst, das an ihm besteht. Es ist mit den Gebilden des Rechts nicht so, daß sie überhaupt nicht existieren, sie existieren sehr wohl und sollte ein Schuldner meinen, seine Schuld bestände nicht, so würde der Beamte der Zwangsvollstreckung ihn sehr bald in der nachdrücklichsten Weise über das Gegenteil belehren. Die Rechtsgebilde existieren, sie existieren nur nicht als körperliche Dinge, sondern als psychische.

---

[84]) Schütz, Grünhuts Zeitschrift Bd. 6 S. 20.

[85]) v. Blume in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 39 S. 392.

[86]) So schon Jeremias Bentham, Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung S. 277 bei Trendelenburg, Naturrecht S. 209, Kuntze S. 18, Delbrück S. 14, Windscheid-Kipp, Pandekten I, 254, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 200 ff. und 477, Schloßmann, Der Vertrag 270 ff., Carlowa, Der römische Zivilprozeß zur Zeit der Legisaktionen S. 152.

Wenn man einen Stock überträgt, so geht mit dem Stock eine Verschiebung im Raum vor sich und der Stock duldet auch eine solche Fortbewegung von einer Stelle im Raum zur anderen, weil er eben im Raum existiert, einen Raum einnimmt, überhaupt ein körperliches Ding ist. Will man nun aber eine Schuld übertragen in dem Sinne, daß man die Schuld vom bisherigen Schuldner wegnimmt und auf den neuen Schuldner legt — und so müßte die Übertragung ja vor sich gehen, wenn sie eine Übertragung im wahren Sinn des Wortes sein sollte — so müßte die Schuld, ein immaterielles Gebilde, eine Verschiebung im Raum zulassen. Es leuchtet aber sofort ein, daß immaterielle Gebilde d. h. solche Gebilde, die gar nicht im Raum existieren, gar keinen Raum einnehmen, mit einem Wort überhaupt nichts Körperliches sind, auch eine Verschiebung im Raum nicht zulassen. Man kann eben die psychische Substanz[87]) — und auf sie kommt es für uns hier lediglich an — nicht in dem gleichen Sinne auf einen anderen übertragen, wie man z. B. einen Stock auf einen anderen überträgt. Die körperlichen Dinge stehen eben der Person ihres Inhabers hinsichtlich ihrer Existenz ganz unabhängig und selbständig gegenüber, nicht so aber die psychischen Gebilde. Diese sind aus der Person dessen, dem sie angehören, hervorgegangen und tragen den Stempel der absoluten Abhängigkeit von der Person an sich. Sie existieren nur in und mit der Person und eine Lostrennung von der ursprünglichen und Übertragung auf eine andere Person ist unmöglich. Auch wenn man sich den Vorgang unter der Denkform der Succession vorstellt, bleibt das Resultat doch dasselbe. Nimmt man an, der Neuschuldner succediere in die Schuld, so denkt man sich die Schuld als ruhend im Raum und die Person des Schuldners als sich fortbewegend im Raum, und zwar die Person des Urschuldners von der Schuld weg, die des Übernehmers auf die Schuld zu. Diese Vorstellung ist also gerade die gegenteilige, wie diejenige bei Zugrundelegung der Denkform der Übertragung. Rückt einer in die Stellung ein, die ein anderer verläßt, so findet ein Annähern des einen und ein Sichentfernen des anderen statt. Daß aber von alle dem bei einem psychischen Gebilde, wie es die Obligation doch eigentlich ist, nicht die Rede sein kann, steht außer allem Zweifel.

[87]) Es sei mir verstattet, diesen Ausdruck einmal zu gebrauchen, obwohl er ja eigentlich unrichtig ist.

Wenn man so die Rechtsbegriffe in ihre letzten Elemente analysiert, so wird man finden, daß die Sprache des Rechts sich nur in bildlichen Ausdrücken bewegt. Man spricht in der Jurisprudenz ganz ohne Skrupel von Entstehung, Untergang, Änderung und worauf es für uns hier vorwiegend ankommt von Übertragung von Rechten und Pflichten. Gegen diesen Sprachgebrauch wendet sich Schloßmann[88]) und mahnt die Juristen dessen eingedenk zu bleiben, daß diese Ausdrücke doch bloß Bilder seien und daß daher theoretisch unanfechtbare Erkenntnisse aus ihnen nicht immer gewonnen werden könnten. Ganz gewiß, die Übertragung einer Schuld von dem bisherigen Schuldner auf einen neuen — das Wort „Übertragung" in seinem realen Sinn gefaßt — ist nicht möglich. Vor der Kritik unserer rein theoretischen Vernunft läßt sich die Übertragung der passiven Seite einer Obligation nicht mehr rechtfertigen. Die juristische Erkenntnistheorie erblickt in der Obligation ein Gebilde, auf welches sich eigentlich die „Kategorie der Dingheit", wie Zitelmann richtig sagt, nicht anwenden läßt, und sie müßte sich notgedrungen anwenden lassen, wenn eine wirkliche Übertragung, d. h. Verlegung im Raume möglich sein sollte.

Verlassen wir damit diese Betrachtungsweise und bewegen wir uns wieder in den gewohnten Formen juristischen Denkens. Wir wollen also von nun an auf die Bildungen des Rechts die „Kategorie der Dingheit" anwenden, wir wollen diesen Bildungen also Substantialität beilegen, obwohl ein solches Verfahren ja eigentlich erkenntnistheoretisch unrichtig ist. Und nach Zitelmann[89]) besteht die Kunst des juristischen Denkens gerade darin, daß wir die Denkformen, unter denen wir uns die Dinge der realen Erscheinungswelt vorstellen, auch auf die Gebilde des Rechts zur Anwendung bringen.

Gewöhnlich wird die Frage, um die es sich bei der Succession in erster Linie handelt, so formuliert: Liegt zwischen der Forderung des A gegen den B und derselben Forderung, die der A nach Übertragung ihrer Passivseite auf den C gegen den C hat, Identität vor? Darauf ist vom Standpunkt der Logik selbstredend zu erwidern, nein, denn es hat ja ein Personenwechsel stattgefunden[90]).

---

[88]) Schloßmann, Der Vertrag.

[89]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 209.

[90]) Schey, Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 750/751.

Diese Formulierung ist aber für uns nicht annehmbar, denn die Antwort, welche auf die so formulierte Frage gegeben werden muß, trifft nicht den Kern dessen, was wir wissen wollen. Wir wollen eben nicht wissen, ob absolute d. h. vollständige Identität vorliegt, wir wollen vielmehr nur wissen, ob außer dem Personenwechsel, der ja notwendig vor sich gehen muß, noch eine weitere Veränderung mit der Obligation stattfindet, oder ob, abgesehen davon, sonst alles beim alten bleibt. Mit anderen Worten: wir wollen wissen, ob der Wechsel in der Person des Schuldners die Obligation in ihrem Bestand weiter nicht alteriert, als daß eben der Personenwechsel vor sich geht oder ob der Personenwechsel in seinen Wirkungen über sich selbst hinausgreift. Wenn nämlich außer dem Personenwechsel eine weitere Veränderung der Obligation nicht stattfindet, so liegt beschränkte oder relative Identität vor und mit ihr können wir uns zufrieden geben[91]). Es wären ja zwei Möglichkeiten denkbar, wie sich der Personenwechsel zu dem Bestand der Obligation verhalten könnte: entweder läßt der Personenwechsel den Bestand der Obligation im übrigen ganz unberührt oder aber er übt einen alterierenden Einfluß auch auf den sonstigen Bestand der Obligation aus[92]). Ob das eine oder andere der Fall ist, hat man an der Hand des empirischen Obligationsbegriffs des B.G.B. nach den Grundsätzen der Logik zu entscheiden. Schey[93]) ist anderer Ansicht. Er möchte hier die Logik überhaupt nicht zu Wort kommen lassen, wie er sich denn überall bestrebt zeigt — seine methodologischen Bemerkungen beweisen dies — der Logik möglichst wenig Raum im Recht zu gönnen. Er sagt wörtlich: „Die Begriffe des Rechts sind weder a priori in unserer Vernunft noch durch unmittelbare Erfahrung greifbar in der Natur vorhanden. Sie sind Abstraktionen aus den

---

[91]) Vergl. Brinz, Kritische Blätter Nr. 2 S. 34: „Es kommt bei der Obligatio, damit sie fortbesteht, nicht darauf an, daß alles unverändert bleibt, genug, daß vieles bleibt." Vergl. auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 78, welcher die Succession als den „Wechsel des Rechtssubjekts ohne Veränderung der Individualität des Rechts" definiert. Bei der Passivsuccession wird die Individualität des Rechtes aber verändert. Das gibt auch Gürgens (vergl. folg. Fußnote) und Endemann Lehrb. des B.G.B. Bd. 1 S. 681 Anm. 1 zu.

[92]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 229. 230, welcher bei einer Passivsuccession außer der Änderung im Subjekt auch eine Änderung im Objekt annimmt.

[93]) Schey ibid.

geltenden und sich betätigenden Rechtssätzen," und weiter unten sagt er: „man sieht, alles kommt zuletzt darauf an, ob die in Frage gezogene Erscheinung in den gegebenen Rechtsnormen Wirklichkeit gewinnt oder nicht." Bis zu einem gewissen Punkte hat Schey recht, aber nicht in allem. Wenn wir wissen wollen, ob die Obligation ihrem inneren Wesen nach einen Personenwechsel überdauern kann oder nicht, dann dürfen wir allerdings nicht von einem frei aus unserer Phantasie geschöpften Begriff der Obligation ausgehen wollen, sondern wir müssen einen a posteriori gebildeten Begriff der Obligation, nämlich den Obligationsbegriff, den das B.G.B. aufgestellt hat, zum Ausgangspunkt nehmen. Es wäre nun irrig, wenn wir im Anschluß an die eben gemachte methodologische Bemerkung unsere Frage damit erledigen wollten, daß wir sagten, das B.G.B. hat die Passivsuccession im § 414 anerkannt, also ist der Obligationsbegriff des B.G.B. von der Art, daß die Obligation von der Person ihres Passivsubjekts unabhängig ist. Damit wäre ja auch die ganze Successionsfrage praktisch schon erledigt. Wir wollen ja gerade wissen, ob das B.G.B. den allgemeinen Obligationsbegriff, den es aufstellt, so faßt, daß der Obligationsbegriff, auf dem § 414 beruht, mit jenem allgemeinen Obligationsbegriff übereinstimmt oder ob der allgemeine Obligationsbegriff so gestaltet ist, daß das Gesetz denselben im § 414 verlassen hat. Bei der Aufstellung des Obligationsbegriffs müssen wir also rein empirisch verfahren, d. h. wir dürfen uns nur an das positive Gesetz halten, haben wir aber den Obligationsbegriff des B.G.B. einmal gefunden, so müssen wir von nun an wieder rein spekulativ zu Werke gehen, d. h. durch bloßes Nachdenken zu erforschen suchen, ob der Personenwechsel die Obligation in ihrem Bestand weiter alteriert als daß er ihr eben ein neues Subjekt gibt, oder ob es bei dem bloßen Subjektwechsel sein Bewenden hat. Und sollte die Betrachtung ergeben, daß der Obligationsbegriff des B.G.B. einen Wechsel in der Person des Schuldners gestattet, so ist dies ein Argument dafür, daß der empirische Obligationsbegriff des B.G.B. in sich selbst widerspruchsvoll ist, denn es stecken einmal, wie ich meine, in jedem Begriff der Obligation, wenn man ihn in seine Elemente analysiert, Elemente drin, die sich mit dem Element der Statthaftigkeit des Personenwechsels — und das müßte ja in ihm drinliegen, wenn Passivsuccession möglich wäre — nicht mehr in Einklang bringen lassen. Dieses Verhältnis des Empirischen zum

Spekulativen und das dadurch bedingte Zur-Geltung-kommen-müssen der Logik ist es, was Schey mir zu verkennen scheint.

Die Obligation ist wie im gemeinen Recht so auch im B.G.B. ein Rechtsverhältnis zwischen Personen, kraft dessen die eine, der Gläubiger, von der anderen, dem Schuldner, eine Leistung verlangen kann. Es gehören also zur Obligation jedenfalls zwei Personen, Gläubiger und Schuldner. Diese Personen stehen untereinander in der Beziehung, daß die eine der anderen irgend etwas zu leisten hat. So unzweifelhaft der empirische Obligationsbegriff des B.G.B., und der stimmt insoweit auch mit den Anforderungen, welche die Logik an den Begriff der Obligation stellt, überein. Wenn wir nun auch auf ein solches Rechtsverhältnis, getreu dem oben Gesagten, die „Kategorie der Dingheit" anwenden, so dürfen wir dabei doch nicht vergessen, daß diese Relation von Person zu Person für die juristische Betrachtung damit noch nicht in allen Beziehungen der realen Sache gleich ist. Eine Sache kann auch ohne Person existieren, eine Sache hat zu ihrer Existenz eine Person gar nicht nötig. Zu einem Recht oder zu einer Pflicht gehört aber kraft innerer Notwendigkeit eine Person. Ein Recht oder eine Pflicht ohne Person ist kein Recht und keine Pflicht. Wissenschaftlich ausgedrückt heißt dies: es gibt keine subjektlosen Rechte und Pflichten. Allerdings ist man in der Jurisprudenz bezüglich dieses Punktes vielfach anderer Meinung. Hervorragende Gelehrte verteidigen die Theorie von den subjektlosen Rechten und Pflichten[94]). Allein meiner Meinung nach ist diese Theorie nur eine aus Zweckmäßigkeitsrücksichten aufgestellte Fiktion und kann daher als solche Anspruch auf Beachtung in einer rein logischen Untersuchung nicht erheben. Wenn wir also eine körperliche Sache auf eine andere Person übertragen, wohlgemerkt die Sache selbst, nicht das Eigentum an der Sache, so geschieht dies, ohne daß die Person oder Sache dadurch irgendwie verändert wird. Man spricht in diesem Falle auch keineswegs von einer Veränderung der Person oder Sache. Wenn wir aber eine Obligation auf eine andere Person übertragen wollen, so müssen wir zunächst die Person, welche ursprünglich in der Obligation drinstand, aus dieser entfernen und dann die neue

---

[94]) Einen lehrreichen Überblick über diese Streitfrage gewährt die Zusammenstellung der Ansichten, die sich bei Windscheid-Kipp, Pandekten I, S. 188 Anm. 3 vorfindet.

Person in die Obligation hineinsetzen. Das einheitliche Ganze der Obligation muß also auseinander gerissen werden. In diesem Falle spricht man allgemein davon, daß die Obligation verändert worden sei und zwar in Bezug auf ihr Subjekt, ein Beweis dafür, daß die Person eng zur Obligation hinzugehört. Denn wenn ein Ding mit einem anderen Dinge gar nichts zu schaffen hat, spricht man bei einer Trennung der beiden Dinge voneinander niemals von einer Veränderung des einen oder anderen Dinges, hängen aber zwei Dinge so fest miteinander zusammen, daß sie ein Ganzes bilden, und das ist bei der Obligation und ihrem Träger der Fall, und werden sie dann getrennt, so liegt zum mindesten eine Veränderung vor. Dies gibt man auch allgemein zu. Allein ich glaube die Zugehörigkeit der Person zur Obligation ist noch viel enger und fester, als daß ein Lostrennen der Person von der Obligation diese letztere bloß veränderte. Die konkrete Person ist für die konkrete Obligation ein wesentlicher Bestandteil und die Obligation kann den Verlust dieses Essentiale nicht überdauern, selbst wenn ihr auch ein voller Ersatz geboten werden sollte.

Man führt vielfach zum Beweise der gegenteiligen Ansicht an, daß es eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts wäre, die Obligation sinnlicher d. h. mehr als einfachen Vermögensbestandteil zu fassen und daß es eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts sei, die Obligation geistiger d. h. mehr als eine Beziehung von Person zu Person zu fassen. So meint Brinz, die Unzulässigkeit der Singularsuccession in Obligationen sei keine „vernunftnotwendige Forderung", sondern lediglich „national-römisches Recht"[95]). Allein hier handelt es sich nicht um einen Gegensatz in der nationalen Rechtsanschauung, sondern vielmehr um eine größere oder geringere Schärfe des Denkens. Wenn man dazu noch sagt, auch der Verkehr nehme keinen Anstand daran, sich der deutschen Rechtsauffassung anzuschließen, so ist allerdings zuzugeben, daß man heutzutage im Geschäftsleben durchaus kein Bedenken trägt, auch das Passivvermögen zum Gegenstand des Handels zu machen. Allein es ist zu erwägen, daß der Verkehr, der doch nur nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit urteilt und für ein theoretisches Erkennenwollen durchaus keinen Sinn hat und haben kann, nicht als Schiedsrichter auf den Richterstuhl der Logik berufen

[95]) Brinz, Kritische Blätter Nr. 2 S. 34.

werden darf. Und wenn der Verkehr die Übertragbarkeit der Obligation fordert, so denkt er gerade weniger daran, die Struktur oder besser gesagt die von den Juristen zurechtkonstruierte Rechtsform der Obligation zu übertragen, als die ökonomischen Werte, welche die Obligation umschließt. Man weist auch vielfach auf das Eigentum hin und sagt, wenn das Eigentum seinen Träger wechseln könne, ohne unterzugehen, so wäre der Grund nicht abzusehen, weshalb dies bei der Obligation anders sein solle. Allein das Eigentum erleidet vom Standpunkt der theoretischen Vernunft aus eben dasselbe Schicksal wie die Obligation[96]). Man führt ferner, so z. B. v. Blume[97]), gegen unsere Theorie auch die Erwägung an, daß derjenige, welcher die logische Möglichkeit einer Sondernachfolge in die Schuld leugne, damit implicite auch die logische Möglichkeit der direkten Stellvertretung leugne und umgekehrt, daß derjenige, der die logische Möglichkeit einer direkten Stellvertretung annehme, damit ohne weiteres auch die logische Möglichkeit der Passivsuccession in Obligationen zugebe[98]). Allein so sympathisch ich sonst auch den Ausführungen v. Blumes gegenüberstehe, hierin kann ich ihm nicht ganz recht geben. Wirtschaftlich, ökonomisch mag es ja vielfach auf dasselbe hinauslaufen, ob zunächst ein anderer eine Schuld für sich kontrahiert und ich dann diese Schuld auf mich übernehme, oder ob ich gleich von vornherein durch einen anderen für mich eine Schuld kontrahieren lasse. Allein formal-juristisch besteht zwischen diesen beiden Fällen ein sehr schwerwiegender Unterschied. Bei der Passivsuccession steht zunächst der A in der Obligation als Schuldner drin. Dann tritt der B an seine Stelle. Bei der durch Vertreter kontrahierten Schuld dagegen steht von vornherein der Vertretene in der Obligation drin und der Vertreter ist gänzlich ausgeschaltet, da die Wirkung der von ihm kontrahierten Schuld ja über seinen Kopf hinweg sich direkt gegen den Vertretenen richtet, sich also gewissermaßen als juristische Fernwirkung charakterisiert. Der Personenwechsel in der Obligation ist hier also gänzlich vermieden und er allein ist es ja, der uns die Passivsuccession logisch unannehmbar erscheinen läßt. Wir sehen also, daß ein und derselbe Kopf sehr

[96]) So auch Bierling, Kritik der juristischen Begriffe Bd. 2 S. 91 und Kuntze S. 59/60.

[97]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 89, 90.

[98]) Vergl. dazu auch die Bemerkung bei Gürgens ibid. S. 234.

wohl die direkte Stellvertretung für logisch möglich, die Passivsuccession dagegen für logisch unmöglich halten kann, ohne den Vorwurf der Inkonsequenz auf sich zu laden.

Ich meine der Begriff der Obligation als einer Relation zwischen Personen erfordert es, daß gerade die konkrete Person, die in der Obligation von Anfang an drinsteht, auch drin bleibt. Zweifellos bildet die Person einer Obligation ein Individualisierungsmoment der Obligation. Wenn ich irgend eine Obligation bezeichnen will, so benenne ich sie als die Obligation, die A gegen den B hat, und hat der A mehrere Obligationen gegen den B, so füge ich noch ein weiteres Individualisierungsmoment hinzu. Auf der einen Seite also hat die Person des Trägers in der Obligation eine solche Bedeutung und auf der anderen Seite soll dieselbe Person wieder so nebensächlich sein. Das will mir nicht recht einleuchten. Ich glaube, man macht immer die Verwechslung, die ich schon vorhin erwähnt habe, man verwechselt nämlich den Vermögenswert, den die Obligation repräsentiert — dieser ist natürlich übertragbar, wird aber nach seiner Übertragung von einer formell anderen Obligation repräsentiert — und die Rechtsform der Obligation selbst — diese ist nicht übertragbar. Das Rechtsgefühl sträubt sich dagegen die Person in der Obligation so in den Hintergrund zu drängen, daß es für den Bestand der Obligation gleichgültig sein soll, wer in der Obligation als Subjekt drinsteht, wenn die Obligation nur überhaupt einen Träger hat. Die konkrete Obligation des A gegen den B begnügt sich eben keineswegs damit, überhaupt einen Träger zu haben, wenn nicht mehr, wie ursprünglich, den A und B, sodann den C und D, sondern sie will gerade die Personen als Träger behalten, die von vornherein diese Rolle hatten[99]).

Bierling steht im Prinzip auch auf dem hier vertretenen Standpunkt, meint aber, es gäbe auch Obligationen, die von vornherein

---

[99]) Vergl. dazu Endemann, Lehrb. d. B.G.B. Bd. 1 S. 681 Anm. 1, welcher sagt, die Persönlichkeit des Schuldners sei im Gegensatz zu der des Gläubigers für den Inhalt, Wert ꝛc. der Forderung so charakteristisch, daß eine Lösung des Schuldverhältnisses von seiner Person eine wesentliche Änderung des Rechtes selbst bedeuten müsse. Dennoch überwiege, wie er meint, im B.G.B., wie überhaupt in der neueren Rechtsbildung der Gedanke, daß die Passivsuccession für den Verkehr unentbehrlich sei. Endemann scheint also auch rein theoretisch die Passivsuccession für bedenklich zu halten.

darauf angelegt seien, einen Personenwechsel zu erleiden[100]). Die einen nennt er Obligationen mit „konkret bestimmten Subjekten", die anderen Obligationen mit „generell bestimmten Subjekten". Allein ich glaube mit dieser Unterscheidung ist wenig gewonnen, Bierling formuliert vielmehr nur die Frage anders. Wir fragen, ist es begrifflich ausdenkbar, daß Obligationen einen Personenwechsel überdauern. Bierling erwidert darauf, grundsätzlich verträgt sich ein Personenwechsel nicht mit dem Begriff der Obligation, allein es gibt Obligationen, die von vornherein darauf angelegt sind, einen solchen Wechsel zuzulassen. Demnach müssen die generellen Obligationen — ich will sie einmal kurz so nennen — vor den konkreten Obligationen etwas voraus haben. Worin besteht dies? Es besteht darin, daß bei den ersteren die Person nur generell bestimmt ist — dies soll zur Folge haben, daß die Person beliebig veränderlich ist — während bei den anderen die Person fest bestimmt ist und dies soll zur Folge haben, daß die Person veränderlich ist. Wenn sich nun aber bei den konkreten Obligationen der Obligationsbegriff mit einem Wechsel der Person des Trägers nicht vereinigen läßt, und das gibt Bierling zu, wie kann es da möglich sein, daß bei den generellen Obligationen, bei denen doch abgesehen von dieser einen Verschiedenheit sonst der Begriff der Obligation der gleiche ist wie bei den konkreten, der Personenwechsel mit dem Begriff der Obligation in Einklang steht? Entweder ist der Personenwechsel mit dem Begriff der Obligation unverträglich, und dann ist er es für beide Arten von Obligationen, oder er ist mit ihm verträglich, und dann ist er es wieder für beide Arten von Obligationen. Es kann aber nicht in einem Fall der Wechsel in der Person des Trägers mit dem Begriff der Obligation nicht vereinbar, im anderen Falle dagegen sehr wohl vereinbar sein. Und wenn Bierling zur Begründung dieser ganzen Unterscheidung anführt, die Obligationen mit nur generell bestimmtem Subjekt seien von vornherein auf einen Wechsel angelegt, die anderen dagegen nicht, so ist darauf zu erwidern, wir wollen ja gerade wissen, ob man eine Obligation überhaupt auf einen Subjektwechsel anlegen kann, ob sich dies mit ihrem Begriff überhaupt vereinigen läßt oder ob die Person so eng mit der Obligation verbunden ist, daß ein Wechsel derselben den Untergang der Obligation nach sich zieht. Als Beispiel für seine

[100]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 2 S. 33 ff.

Obligation mit generell bestimmtem Subjekt führt Bierling die Obligation aus der „Schuldverschreibung auf den Inhaber" an. Diese Inhaberobligation soll von der Beschaffenheit sein, daß ein Wechsel der Aktivpersonen stattfinden kann, während sie selbst doch immer dieselbe bleibt. Allein Bierling hat, wie ich meine, die Konstruktion der Inhaberobligation völlig verkannt. Die Inhaberobligation ist gerade so konstruiert, daß nicht eine Cession mit ihr stattfindet, sondern daß der neue Gläubiger auch eine selbständige, neue Obligation erwirbt.

Und nun zum Schlusse dieses Kapitels sei es mir verstattet, noch kurz auf zwei Widersprüche aufmerksam zu machen, in welche sich die gegnerische Theorie notgedrungen verwickeln muß. Man denke, daß zwischen A und B eine Obligation besteht. Nun wird der B exnexuiert. Der A kann sich jetzt nicht mehr an den B halten, zwischen A und B sind alle Rechtsbeziehungen abgebrochen. Juristisch ausgedrückt heißt dies doch nichts anderes als, die Obligation, die zwischen A und B bestand, ist nunmehr aufgehoben. Die logische Konsequenz von dieser Aufhebung ist aber zweifellos die, daß die Obligation, die den neuen Schuldner nunmehr binden soll, im Verhältnis zu der alten Obligation, die ja untergegangen ist, eine völlig neue und andere sein muß. So auch unsere Meinung. Nun erklärt aber die gegnerische Theorie, die Obligation, die den neuen Schuldner bindet, sei genau dieselbe Obligation, wie die, welche den nunmehr exnexuierten Schuldner bisher gebunden habe. Mit anderen Worten: die gegnerische Theorie läßt eine Obligation, die längst untergegangen ist, auf einmal hinterher wieder Wirkungen äußern. Das ist aber logisch nicht wohl möglich. Für die Logik gibt es hier nur ein Entweder — Oder. Entweder ist die Obligation untergegangen, dann kann sie nachträglich keinen Bindungseffekt mehr haben, oder die Obligation obligiert den neuen Schuldner, dann ist sie eben nicht untergegangen, sondern bei Bestand geblieben. Das ist der erste der beiden Widersprüche in der gegnerischen Theorie, auf die ich aufmerksam machen wollte. Und für diese Gegensätze, Untergegangensein und Doch-noch-wirken, läßt sich offenbar keine befriedigende Synthese mehr finden. Indessen bin ich mir wohl bewußt, daß man auf Grundlage der gegnerischen Ansicht von der Obligation zu diesem Widerspruch überhaupt gar nicht kommt. Allein darum ist die gegnerische Theorie noch keineswegs gerettet. Es steht um sie vielmehr noch ebenso schlecht wie zuvor, denn wir

werden sehen, daß die gegnerische Ansicht von dem Wesen der Obligation sehr unnatürlich und gekünstelt ist. Wenn man aber einen Widerspruch nur dadurch beseitigen kann, daß man zu gekünstelten Konstruktionen seine Zuflucht nimmt, so bleibt in Wahrheit der Widerspruch genau ebenso nackt und unvermittelt bestehen wie zuvor. Worin besteht nun der Punkt, durch den sich die gegnerische Ansicht über die Obligation von der unsrigen unscheidet? Die Gegner schreiben der Exnexuation des B nicht die gleiche radikale Wirkung im Vernichten der Obligation zu wie wir. Wir sagen, durch die Exnexuation des B ist die Obligation voll und ganz untergegangen, wir glauben also an einen absoluten Untergang der Obligation, die Gegner dagegen sagen, durch die Exnexuation des B hat die Obligation nur ihre Passivspitze verloren, nur gewissermaßen an der Peripherie eine Einbuße erlitten, im übrigen d. h. ihrer Kernsubstanz nach sich aber völlige Integrität gewahrt. Die Gegner glauben also an einen relativen Fortbestand, man kann ebensogut auch sagen nur relativen Untergang der Obligation. Und damit noch nicht genug. Sie schreiben außerdem dem zurückgebliebenen Torso der Obligation die Kraft zu, sich zu einer vollen Obligation demnächst wieder auswachsen und ergänzen zu können. So kommen die Gegner also bei konsequenter Weiterspinnung ihres Gedankens schließlich bei dem Glauben an die Möglichkeit wenigstens zeitweiliger Subjektlosigkeit von Rechten und Pflichten an, einem Glauben, den wir früher schon als theoretische Verirrung gekennzeichnet haben. Die Gegner müssen den einheitlichen Organismus der Obligation so zerpflücken und atomisieren, daß die Obligation, was ihre innere Struktur und die Kohäsion ihrer Glieder anlangt, als ein Konglomerat von lauter ganz locker miteinander zusammenhängenden Teilen erscheint.

Und nun noch kurz vom zweiten Widerspruch. Wenn die gegnerische Theorie den Satz aufstellt, daß die Obligation sehr wohl imstande ist, einen Wechsel in der Person des Schuldners zu überdauern, so müßte sie eigentlich konsequenterweise mutatis mutandis dasselbe auch von einer Änderung im Leistungsgegenstand der Obligation behaupten. Sie müßte also z. B. zugeben, daß, wenn eine Obligation ursprünglich auf Leistung eines ganz geringwertigen Gegenstandes, etwa eines Spazierstocks, geht und hinterher an Stelle davon eine sehr wertvolle Leistung etwa die Erbauung eines prächtigen Hauses ausgemacht wird, daß dann die alte Obligation nicht untergeht,

sondern bei Bestand bleibt, daß man es folglich nicht nötig hat eine neue Obligation zu begründen, sondern sich damit begnügen kann, in der alten Obligation an die Stelle der Leistung des Spazierstocks die Erbauung des Hauses zu setzen. Die gegnerische Theorie hütet sich aber wohlweislich, diesen Satz aufzustellen. Er ist eben seiner Konsequenzen wegen — man denke an ein Schenkungsversprechen — rechtspolitisch ganz unhaltbar. Allein in dem Verfahren der gegnerischen Theorie liegt doch zweifellos ein Widerspruch. Die Gegner messen zwei Dinge, die eigentlich mit gleichem Maß gemessen werden müßten, ganz ungleich. Sie behandeln den Leistungsgegenstand einer Obligation anders als die Person in der Obligation. Diese Verschiedenheit in der Behandlungsweise hätte aber doch offenbar nur dann einen Sinn, wenn der Leistungsgegenstand etwa enger zur Obligation gehörte als die Person. Das ist nun aber keineswegs der Fall. Die Person gehört vielmehr ebenso eng zur Obligation wie der Leistungsgegenstand und der Leistungsgegenstand ebenso eng wie die Person. Leistungsgegenstand und Person in der Obligation stehen sich in dieser Hinsicht vollkommen gleichwertig gegenüber, müßten daher auch eine gleiche Behandlungsweise erfahren[101]).

Das ist der zweite Widerspruch, an dem die gegnerische Theorie krankt und notwendigerweise kranken muß. Für uns bedeutet aber dieses Laborieren der gegnerischen Theorie an Widersprüchen nur eine Bestärkung in dem Gedanken, daß man, je nachdem man die alte und neue Obligation vom Standpunkt einer formal- oder real-dialektischen Betrachtungsweise aus miteinander vergleicht, zu ganz verschiedenen Resultaten kommt. Inhaltlich, materiell ist die Obligation dieselbe geblieben, d. h. die neue Obligation ist die alte und die alte ist die neue, aber formell ist die neue Obligation von der alten so grundverschieden und ihr gegenüber so sehr eine andere, wie sie ihr inhaltlich nach dem eben Gesagten gleich ist.

Wir sind damit am Ende unserer rein logischen Betrachtung angelangt. Meine Meinung geht dahin, daß vom rein logischen Standpunkt aus betrachtet eine Passivsuccession in Obligationen un-

[101]) Nicht ganz so Erfüllungsort und Erfüllungszeit. Diese sind bloße Modalitäten der Erfüllung einer fix und fertigen Obligation, und es braucht daher bei einer Änderung derselben die alte Obligation nicht völlig aufgehoben und eine neue begründet zu werden, sondern es kann die alte Obligation entsprechend geändert werden.

denkbar ist. Allein ebenso unlogisch wie die Passivsuccession ist, ebenso zweckmäßig ist sie auch. Ein reges Verkehrsleben wie das heutige kann derselben nicht entraten. Wir bedürfen unbedingt einer Rechtsform, vermöge welcher wir den Vermögensgehalt einer Schuld mit unversehrtem Bestand der Einreden ꝛc. vom ursprünglichen Schuldner auf einen anderen übertragen können. Wollte man auch für das praktische Recht die Existenz der Obligation von der Person ihres Trägers abhängig machen, so würde man dadurch der Negociabilität der Obligation sehr erheblichen Abbruch tun. Das, was man an logischer Genauigkeit dadurch gewinnen würde, ginge an praktischer Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit doppelt und dreifach wieder verloren. Alle Rechtssysteme, welche die Passivsuccession nicht kennen, mußten zu Aushilfsmitteln greifen. Es bestehen hier nur zwei Möglichkeiten, wie man es einrichten kann, um zweckmäßige Normen zu schaffen: entweder verwirft man *prinzipiell* die Passivsuccession, nimmt also Novation an, durchbricht dann aber diesen *prinzipiellen* Standpunkt späterhin durch Ausnahmen, indem man, wie die Römer es gemacht haben, Folgerungen aufstellt, die eigentlich nicht von dem Prinzip der Novation, sondern gerade von dem gegenteiligen Prinzip, nämlich von dem der Passivsuccession gedeckt werden, oder man adoptiert das Prinzip der Passivsuccession und hat es dann im allgemeinen nicht mehr nötig dieses Prinzip zu durchbrechen, um zu praktisch brauchbaren Resultaten zu kommen. Im ersten Fall verfährt man also logisch in der Aufstellung des *Prinzips* und unlogisch im *Konsequenzenziehen*, im zweiten Fall verfährt man unlogisch im Aufstellen des *Prinzips*, aber durchaus logisch im *Konsequenzenziehen* aus diesem Prinzip. Irgendwo muß man also mit der strengen Rechtslogik brechen, um zu praktisch annehmbaren Resultaten zu gelangen. Angesichts dieser Notwendigkeit, der Logik irgendwo Gewalt antun zu müssen, halte ich den Standpunkt des B.G.B., welches sich bekanntlich zu der zweiten Methode bekennt, noch für den vorzuziehenderen. Ich sage also, zwar ist die Passivsuccession vom Standpunkt der reinen, kritisch-theoretischen Vernunft aus betrachtet ein Unding, allein da die Zweckmäßigkeit dringend ihre Annahme erheischt, muß das praktische Recht sie hinnehmen und die Logik hat sich einfach darein zu finden. Und man kann sich mit diesem Resultat, wie ich meine, auch beruhigen. Auch *Ihering* scheint in Fällen der Disharmonie zwischen der theoretischen und

praktischen Vernunft ein solches Sichgenügenlassen bei praktisch brauchbaren Resultaten, mögen sie auch vom rein theoretischen Standpunkt aus nicht so ganz unanfechtbar sein, zu billigen. Schey[102]) dagegen ist anderer Meinung. Er meint, man könne sich nicht damit beruhigen, daß das Leben sich über die logischen Skrupel der Theorie hinwegsetze. Er erkennt zwar ausdrücklich an, daß „zu begreifen wie ein Recht als Verhältnis zwischen zwei Personen von der einen abgelöst und auf eine andere als im logischen Sinne identisch übertragen werden könne, in Wahrheit ein Problem sei, an dem unser Denken scheitern müsse", er erkennt ferner an, daß nur „praktische Identität zwischen dem alten und neuen Recht vorläge", daß also logisch die Passivsuccession undenkbar sei[103]), trotzdem glaubt er diesen klaren Ausspruch der Logik so zurechtbiegen zu können, daß er sich in sein Gegenteil verkehrt. Dieses ganze fruchtlose Beginnen des Ummodelns der nicht ummodelbaren Denkformen setzt Schey deshalb in Szene, um nicht die auf den ersten Blick einen allerdings wunderbar anmutende Beobachtung machen zu müssen, daß Rechtstheorie und Verkehrsbedürfnis miteinander in Widerspruch stehen. Schey gehört eben in dieser Beziehung zu jener großen Gruppe von Schriftstellern, die jegliche Möglichkeit einer Dissonanz zwischen der theoretischen und praktischen Vernunft für das Recht leugnen. Sehr namhafte Juristen bekennen sich zu dieser Ansicht und führen ihre Argumente ins Feld, um die meiner Ansicht nach in manchen Fällen wirklich bestehende Dissonanz zu einer bloß scheinbaren herabzudrücken. So sagt Delbrück[104]), und seine Meinung wird von keinem geringeren als Windscheid auf das lebhafteste verteidigt, daß ein Widerspruch zwischen der Rechtstheorie und dem Verkehrsbedürfnis einfach undenkbar sei und daß, wo ein solcher Widerspruch vorliege, er nur scheinbar vorhanden sei, indem in Wahrheit in einem solchen Falle der Fehler nur an der Theorie liege, die eben zu eng gefaßt sei. Diese Autoren schlagen also für unseren Fall vor, man solle den Begriff der Obligation so weit fassen, daß er eben die Passivsuccession gestatte. Nun kann man wohl zugeben, daß bisweilen ein derartiges Ausweiten von Begriffen zu dem gewünschten Resultat

---

[102]) Schey ibid.

[103]) Schey, Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 158, 159.

[104]) Delbrück ibid. Einleitung S. 7; vergl. zu dieser Ansicht Delbrücks auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 113.

führen mag. Dieses Verfahren ist aber keineswegs in allen Fällen angängig. Wenn z. B. daraus Unzuträglichkeiten entstehen sollten, daß das B.G.B. unter Sachen nur die res corporales versteht, so läßt sich dem in der Tat dadurch begegnen, daß man den Begriff „Sache" eben weiter faßt z. B. so ausweitet, daß er wie der römische Begriff der res auch die res incorporales mit umschließt. Ganz anders liegt die Sache aber z. B. dann, wenn daraus Unzuträglichkeiten entstehen sollten, daß eine servitus in faciendo consistere nequit. Hier kann man nicht einfach dadurch helfen, daß man den Servitutenbegriff entsprechend ausweitet. Wollte man diesen Begriff so ausweiten, daß er auch das facere mit umschlösse, so würde eben die Servitut keine Servitut mehr sein, sondern zu etwas anderem, vielleicht einer Reallast werden. Oder ein anderes Beispiel dieser Art. Wollte man den Dreiecksbegriff so ausweiten, daß die Summe der Winkel eines Dreiecks mehr als 2 R betrüge, so würde das, was herauskommt, eben kein Dreieck mehr sein, sondern je nachdem vielleicht ein Viereck oder sonst eine planimetrische Figur. Und genau so wie in diesen Beispielen ist es bei der Obligation, denn wir sind in der Aufstellung des Obligationsbegriffs ebenso beengt und gebunden wie in der Aufstellung des Servituten- oder Dreiecksbegriffs. Sobald ich mir den Begriff Dreieck vorstelle, muß ich mir damit implizite auch die Summe der Winkel als = 2 R vorstellen, und sobald ich mir den Begriff Servitut vorstelle, muß ich mir implicite mit vorstellen, daß sie in einem faciendo consistere nequit[105]). Genau ebenso kettet und bindet mich die Vorstellung des Begriffes Obligation als eines Verhältnisses von Person zu Person an die weitere Vorstellung, daß die Passivsuccession unmöglich sei. Dagegen zwingt mich die Vorstellung des Begriffs der Sache logisch keineswegs zu der weiteren Vorstellung, daß man unter Sachen nur res corporales verstehen könne. Darin besteht der Unterschied zwischen der einen und der anderen Gruppe von Fällen und diesen Unterschied scheinen mir die Gegner nicht recht erkannt zu haben, sonst könnten sie nicht in dem von ihnen empfohlenen Mittel der Ausweitung von Begriffen ein Mittel für alle Fälle, ein Universalmittel, erblicken. Das von den Gegnern verordnete Rezept hilft in manchen Fällen, keineswegs aber in allen Fällen. Da wo eine Ausweitung von

[105]) Dieser Satz über die Servitut ist keineswegs eine bloße Marotte der Römer, sondern in der Natur der Sache begründet.

Begriffen unmöglich ist, und das wird recht oft der Fall sein, bleibt der Gegensatz zwischen theoretischer und praktischer Vernunft nackt und unvermittelt bestehen. Hier werden auch die Gegner keinen Rat mehr wissen. Die Wahrheit von der Möglichkeit einer Dissonanz zwischen den Anforderungen der theoretischen und praktischen Vernunft läßt sich eben nicht aus der Welt hinwegdekretieren, so lästig sie auch sein mag. Sie liegt eben in der ewigen Natur der Dinge begründet. Es wird immer und immer wieder Fälle geben, wo diese Dissonanz auftritt. Stoßen wir aber auf eine solche Dissonanz, so ist es das beste, wir gestehen ihr Vorhandensein ruhig ein, sorgen dann aber dafür, daß die Zweckmäßigkeit nicht unter den Anforderungen einer rein theoretischen Betrachtungsweise zu leiden hat.

Ich bin bei der Betrachtung der Frage nach der Passivsuccession etwas länger stehen geblieben, als ich dies bei anderen Kapiteln der Schuldübernahme bisher getan habe und noch tun werde. Allein mir schien diese Frage die Kardinalfrage in der ganzen Lehre von der Schuldübernahme zu sein und diese präponderierende Stellung der Frage wird mich auch wohl gegen den Vorwurf schützen können, bei der Behandlung der einzelnen Kapitel der Arbeit unparitätisch verfahren zu sein.

Wir wollen also, da praktische Brauchbarkeit das Haupterfordernis einer jeden positiven Rechtsordnung ist und diesem Erfordernis nur durch die Aufnahme des Instituts der Passivsuccession Genüge getan werden kann, die praktische Möglichkeit der Passivsuccession in Obligationen als Fundamentaldogma der nunmehr zur Abhandlung kommenden Lehre von der Schuldübernahme zugrunde legen.

In welcher Weise kann nun eine Schuld nach dem B.G.B. übernommen werden?

Das Gesetz zeigt uns da in den §§ 414, 415 einen doppelten Weg[106]). Beschäftigen wir uns zunächst mit dem § 414. Es heißt dort: „Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt." Wenn wir also die Schuld eines anderen übernehmen wollen, so haben wir an den Gläubiger

---

[106]) Regelsberger möchte den Vorgang nach § 414 „eingliederige", den nach § 415, 416 „zweigliederige Schuldübernahme" nennen. (Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 468.)

die Offerte zu richten, ob er uns gegen Entlassung des Urschuldners in den Schuldnexus aufnehmen wolle. Acceptiert der Gläubiger diese Offerte, so wird der Übernehmer verpflichtet, der Urschuldner liberiert. Einer besonderen Exnexuation des Urschuldners durch den Gläubiger bedarf es nicht. In der Bindung des Übernehmers liegt vielmehr zugleich die Lösung des Urschuldners, da der Übernehmer ja nur verpflichtet sein will für den Fall, daß der Urschuldner frei wird. Acceptiert der Gläubiger die Offerte aber nicht, so ist der Versuch des Übernehmers eben fehlgeschlagen und es bleibt somit alles beim alten. Eine Mitwirkung des Urschuldners ist nach § 414 nicht erforderlich. Der Urschuldner kann vielmehr ohne, ja sogar gegen seinen Willen von seiner Schuld befreit werden[107]). Das hindert nun aber keineswegs, daß vorher eine Besprechung zwischen Übernehmer und Urschuldner stattfindet. Die Übernahme des Übernehmers kann vielmehr auf Veranlassung des Urschuldners erfolgen und das wird praktisch sogar der Regelfall sein, es darf nur kein regelrechter Übernahmevertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer vorliegen, wenn § 414 gegeben sein soll[108]). Für die Mehrzahl der Fälle wird es vom Urschuldner wohl nicht als Härte empfunden werden, daß er ohne seinen Willen exnexuiert werden kann. Der Urschuldner gewinnt ja durch die Schuldübernahme ökonomisch nur, verliert aber nichts. Allein immerhin lassen sich Fälle denken, wo der Urschuldner eine solche Gunstbezeugung lieber nicht gesehen hätte. Sodann ist zu bedenken, daß durch die Ausschließung jeglicher Mitwirkung des Urschuldners bei der Schuldübernahme nach § 414 leicht die Vorschriften des B.G.B. über den Erlaß (§ 397) illusorisch gemacht werden können[109]). Der Erlaß einer Schuld setzt nämlich einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, also Zustimmung des Schuldners, voraus. Die Schuldübernahme nach § 414 dagegen sieht bezüglich der Exnexuation des Urschuldners von diesem Erfordernis ab. Auf der anderen Seite ist nun wieder zu erwägen, daß der Gläubiger, der durch eine Schuldübernahme vielleicht einen guten Tausch in der Person der Schuldner machen könnte, gegen

---

[107]) So auch Siméon Recht und Rechtsgang ꝛc. S. 355, Schollmeyer S. 396, Tränkner ibid. S. 594, Bendix S. 330.

[108]) So auch v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 395 (oben).

[109]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 208, Matthias, Lehrb. des B.G.B. Bd. 1 S. 462.

Willkürlichkeiten eines hartnäckigen Schuldners, der, weil er doch nichts hat, dem Gläubiger verhaftet bleiben will, geschützt sein muß. Außerdem könnte der Urschuldner, selbst wenn das Gesetz seine Einwilligung für die Schuldübernahme verlangen wollte, doch wider Willen von seiner Schuld befreit werden, da ja jeder die Verbindlichkeiten eines anderen nach § 267 B.G.B. erfüllen kann. Übrigens gehört auch eine Schuldübernahme wider Willen des bisherigen Schuldners in das juristische Raritätenkabinett.

Selbstverständlich müssen, damit eine gültige Schuldübernahme zustande kommt, in der Person der Kontrahenten alle Voraussetzungen gegeben sein, die zur gültigen Abgabe von Willenserklärungen überhaupt gehören[110]).

Der Übernahmevertrag nach § 414 B.G.B. hat ähnlich wie die Cession dingliche Wirkung. Bis zur Perfektion des Übernahmevertrags ist die Schuld noch im Passivvermögen des Urschuldners, im Moment der Perfektion springt sie aber in das Passivvermögen des Übernehmers über. Der Urschuldner ist frei, der Übernehmer obligiert, die Schuld selbst ist die alte geblieben. Irgendwelche Verpflichtungen des Übernehmers gegen den Urschuldner, wie sie — wir werden es noch des näheren kennen lernen — im § 415 B.G.B. stipuliert sind, entstehen nicht, da ein darauf abzielender Vertrag zwischen diesen beiden ja nicht existiert. Im § 414 liegt also der Schwerpunkt der Übernahme in dem Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger. Dieser Vertrag ist es, welcher die Schuld vom Urschuldner weg auf den Übernehmer überwälzt.

Über die Form des Vertrages bestimmt das B.G.B. nichts. Man wird in Anbetracht der geradezu dinglichen Natur des Vertrags Formlosigkeit für ihn in Anspruch nehmen müssen[111]). Wenn auch zur Begründung der Schuld, die jetzt übernommen werden soll, eine gewisse Form vorgeschrieben ist, so ist doch der Übernahmevertrag als solcher formlos, denn er begründet ja keine neue Schuld, sondern bewerkstelligt lediglich die Succession des Übernehmers in eine schon längst bestehende Schuld.

---

[110]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 287.

[111]) So auch Matthias ibid. S. 467; Scherer, Recht der Schuldverhältnisse S. 374; Tränkner, Die Schuldübernahme im sächs. Arch. f. bürg. Recht Bd. 7 S. 594; Schollmeyer ibid. S. 395; Bendix S. 330.

Selbst wenn der Übernehmer animo donandi eine Schuld übernimmt, ist eine Form doch nicht erforderlich, da er sich ja nicht zur Schenkung, also zur demnächstigen Schuldübernahme erst verpflichtet, sondern die Schenkung, also die Schuldübernahme gleich vollzieht.

Die eben geschilderte Art der Schuldübernahme wird relativ selten im Leben zur Anwendung kommen, denn in der Mehrzahl der Fälle hat der Urschuldner ein weit größeres Interesse an der Übernahme als der Übernehmer. Deshalb wird auch meistens die Initiative zur Schuldübernahme vom Urschuldner ausgehen. Der Übernehmer wird sich ja auch vor allen Dingen seinen Regreß gegen den Urschuldner sicher stellen wollen. Der Urschuldner wird daher mit dem Übernehmer Verhandlungen pflegen, in denen die Bedingungen, unter welchen der Übernehmer sich zur Schuldübernahme bereit erklärt, ihre Erörterung finden werden. Ob und in welcher Weise die vom Übernehmer an den Gläubiger des Urschuldners bewirkte Leistung inter partes, d. h. im Verhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer verrechnet werden soll, geht nämlich nicht aus der Schuldübernahme als solcher hervor, sondern nur aus dem zwischen Urschuldner und Übernehmer bestehenden Verhältnis (Mandat, negotiorum gestio etc.)[112]. Dieser Einsicht haben sich denn auch die Redaktoren des B.G.B. nicht verschlossen und im § 415 eine zweite Möglichkeit geschaffen, wie man jemandes Schulden übernehmen kann. Der Vertrag, den dieser Paragraph im Auge hat, wird meistens im Leben angewendet werden, wenn eine Schuld übernommen werden soll[113]. In der gesetzlichen Regelung dieses Paragraphen liegt der Schwerpunkt der ganzen Lehre von der Schuldübernahme, wie die Protokolle ganz richtig bemerken[114]. Die zahlreichen Theorien, die uns im Eingang der Darstellung beschäftigt haben, drehen sich alle nur darum, für diesen Vertrag eine juristische Konstruktion und Erklärung zu finden. Das B.G.B. hat sich in dieser Streitfrage der herrschenden Meinung angeschlossen, aber damit, wie ich glaube und auch schon öfters angedeutet habe, nicht das richtige getroffen. Urschuldner und Übernehmer schließen miteinander einen Vertrag ab,

---

[112]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 280 und Matthias ibid. S. 462 Anm. 3.

[113]) So auch Tränkner S. 594.

[114]) Vergl. dazu auch Regelsberger Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 468 (unten).

worin der letztere die Schuld des ersteren übernimmt. Hinsichtlich der Form dieses Vertrages gilt für das B.G.B. das gleiche wie bei dem Vertrag nach § 414. Wenn Hellwig[115]) zu anderen Resultaten gelangt, so ist dies darauf zurückzuführen, daß er dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer auch eine ganz andere Bedeutung zuschreibt, als es das B.G.B. tut. Der Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer hat nach der Meinung des Gesetzes die Wirkung, vorbehaltlich der Genehmigung des Gläubigers die Schuld vom Urschuldner auf den Übernehmer zu übertragen. Er ist also ein Analogon zur Cession. Wie diese die Forderung überträgt, so überträgt er die Schuld. Nach dieser Seite hin hat also der Vertrag in demselben Sinne eine dingliche Wirkung, wie sie der Vertrag nach § 414 B.G.B. hat, nur mit dem Unterschiede, daß im § 414 mit dem dort abgeschlossenen Vertrag die Schuldübernahme bereits fix und fertig ist, während im § 415 noch die Genehmigung des Gläubigers zur Perfektion der Schuldübernahme erforderlich ist. Eine gewisse obligatorische Wirkung wohnt dem Vertrag nach § 415 B.G.B. auch inne, doch davon soll erst später die Rede sein. Es wäre nun eine schreiende Ungerechtigkeit, wenn man die Analogie zur Cession so weit treiben wollte, daß man dem Gläubiger jegliche Mitwirkung bei der Schuldübernahme versagte. In irgendeiner Weise muß der Gläubiger zu Wort kommen. Bei der Cession kann es dem Schuldner gleichgültig sein, ob er diesem oder jenem Gläubiger leisten muß, dem Gläubiger ist es aber keineswegs einerlei, ob er von diesem oder von jenem Schuldner zu fordern hat. Der eine Schuldner ist zuverlässig und solvent, der andere überschuldet und ein wirtschaftlicher Leichtfuß. Wenn nach dem B.G.B. durch einen Schuldnerwechsel die Obligation auch nicht in ihrem juristischen Bestand alteriert wird, so kann doch ihre wirtschaftliche Realisierbarkeit darunter Schaden leiden[116]).

Das B.G.B. erblickt nun in dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer eine Verfügung über fremdes Vermögen[117]). Bis-

---

[115]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 174.

[116]) So auch Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 350.

[117]) Regelsberger möchte daher die Theorie des B.G.B. „Verfügungstheorie" nennen. (Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 473.)

her hatte der Gläubiger den Schuldner A, jetzt hat er den Schuldne
B, im übrigen ist die Obligation dieselbe geblieben. In diesem eigen
mächtig von Urschuldner und Übernehmer herbeigeführten Schuldner
wechsel in der Obligation des Gläubigers soll der Dispositionsak
über das fremde Vermögen, nämlich über dasjenige des nicht um sei
Einverständnis mit dem Schuldnerwechsel gefragten Gläubigers liegen
Die Rechtslage soll eine ähnliche sein wie in dem Falle, wo jemand
über eine fremde Sache verfügt. Damit ist auch zugleich die Form
gefunden, in welcher der Gläubiger bei der Schuldübernahme mitzu-
wirken hat. Der Gläubiger muß den fremden Dispositionsakt über
sein Vermögen „genehmigen", wenn er gültig sein soll. Der Ver-
trag zwischen Urschuldner und Übernehmer ist also gültig und perfekt
auch ohne die Genehmigung des Gläubigers, es tritt nur die mit
dem Vertrag beabsichtigte „dingliche"[118]) Wirkung des Schuldüber-
gangs solange noch nicht ein, als die Genehmigung des Gläubigers
noch aussteht[119]). Jedenfalls tritt aber die Genehmigung des
Gläubigers zu dem sonst fix und fertigen Vertrag zwischen Urschuldner
und Übernehmer als etwas selbständiges für sich hinzu, nicht um den
Vertrag erst perfekt zu machen, sondern um ihm eben auch dem
Gläubiger gegenüber Wirksamkeit zu verschaffen und so den Schuld-
übergang auch Dritten gegenüber gültig zu machen[120]).

Man hat hier sorgfältig die äußere und die innere Seite der
Schuldübernahme auseinander zu halten. Im Verhältnis zum
Gläubiger besteht bis zur Genehmigung der Schuldübernahme durch
den Gläubiger ein Zustand der Schwebe. Im Verhältnis zum
Gläubiger ist die Schuld noch im Passivvermögen des Urschuldners,
erfolgt dann die Genehmigung des Gläubigers, so geht die Schuld
über und zwar mit rückwirkender Kraft, d. h. es wird so angesehen,
als sei die Schuld bereits im Moment des Vertragsabschlusses
zwischen Urschuldner und Übernehmer übergegangen. Wird die Ge-
nehmigung des Gläubigers versagt, so bleibt im Verhältnis zum
Gläubiger alles beim alten. Schweigt der Gläubiger auf die Anfrage
hin, ob er genehmigen wolle, so bleibt der Schwebezustand bestehen.

---

[118]) Vergl. dazu v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 396 und v. Blume, Novation ꝛc. S. 40.

[119]) So auch Matthias ibid. S. 463.

[120]) So ausdrücklich Gürgens ibid S. 262.

Allein wir werden sehen, daß das Gesetz unter Umständen dem Schweigen des Gläubigers eine gewisse Bedeutung beilegt. Die Genehmigung des Gläubigers hat also nur die Funktion, dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer auch nach außen Wirksamkeit zu verleihen. Inter partes d. h. im Verhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer ist die Schuld bereits im Moment der Perfektion des Vertragsabschlusses auf den Übernehmer übergegangen. Wir stehen hier, wie so oft im Rechtsleben, vor der Erscheinung, daß ein Rechtsgeschäft im Verhältnis zu gewissen Personen wirksam, im Verhältnis zu anderen Personen noch unwirksam ist.

Ich habe vorhin gesagt, daß dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer neben der „dinglichen" Wirkung auch eine gewisse obligatorische Bedeutung inne wohne. Diese letztere äußert sich lediglich im internen Verhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer. In der wissenschaftlichen Literatur ist man verschiedener Ansicht über das Verpflichtungsverhältnis, das zwischen Urschuldner und Übernehmer entsteht. Die einen wollen den Übernehmer überhaupt nicht zu einer positiven Handlung verbinden, sondern lediglich regreßpflichtig machen für den Fall, daß der Gläubiger vom Urschuldner befriedigt werden muß. Diese Auffassung, die z. B. von Delbrück[121]), Menzel[122]), Hellwig[123]), Kuntze[124]) und Unger[125]) vertreten wird, hängt eng mit der Anschauung zusammen, daß die Übernahme als Realakt den Parteien eine Stellung wie nach erfülltem Vertrag verschaffe. Andere[126]) geben dem Urschuldner gegen den Übernehmer eine Klage auf Zahlung der übernommenen Schuld an den Gläubiger. Diese Auffassung ist viel zu eng, denn dem Urschuldner kommt es nicht darauf an, daß der Gläubiger gerade Zahlung erlangt, sondern nur darauf, daß er von seiner Schuld frei wird, gleichgültig in welcher Weise diese Befreiung herbeigeführt wird. Wieder andere meinen, die Klage des Urschuldners gegen den Übernehmer müsse gerichtet werden auf Befreiung des Urschuldners von seiner Schuld durch den Übernehmer. Wie der Übernehmer diese Befreiung bewerk-

---

[121]) Delbrück ibid. S. 49 ff.
[122]) Menzel ibid. S. 661.
[123]) Hellwig ibid. S. 165, 190.
[124]) Kuntze ibid. S. 335.
[125]) Unger ibid. S. 14.
[126]) So z. B. v. Savigny, System des röm. Rechts Bd. 4 S. 138.

stellige, sei einerlei. Einige Schriftsteller [127]) wollen dem Übernehmer gegenüber dem Urschuldner die Verpflichtung auferlegen, die Genehmigung des Gläubigers zu beschaffen. Die letztere Ansicht geht entschieden zu weit. Eine solche Verpflichtung kann man billigerweise dem Übernehmer nicht aufhalsen. Er wäre ja damit vollständig dem Gläubiger preisgegeben. Der Entwurf erster Lesung wollte in der Tat den Übernehmer dem Urschuldner gegenüber zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers verpflichten. Das fertige Gesetz hat sich aber damit begnügt, für den Zweifelsfall den Übernehmer nur zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers zu verbinden [128]). Der Übernehmer ist also nicht verpflichtet, mit dem Gläubiger einen Schuldübernahmevertrag nach § 414 abzuschließen, er hat vielmehr in der Regel nur dafür zu sorgen, daß der Gläubiger rechtzeitig befriedigt und der Schuldner dadurch rechtzeitig von seiner Schuld frei wird. Mit welchen Mitteln der Übernehmer diesen Erfolg herbeiführen will, ob durch Erfüllung oder datio in solutum oder sonst irgend etwas, ist völlig gleichgültig. Das Gesetz hat jedoch mit dieser Normierung die Frage nach dem Inhalt der obligatorischen Verpflichtung des Übernehmers nicht für alle Fälle einheitlich regeln wollen, sondern mit den Worten „im Zweifel" angedeutet, daß je nach den Umständen des Einzelfalls oder der ausdrücklich erklärten Absicht der Parteien sehr wohl eine strengere oder mildere, ja gar keine Haftung als gewollt angenommen werden kann. Die obligatorische Funktion des Vertrags erlischt mit Erteilung der Genehmigung durch den Gläubiger. Sie äußert also nur so lange Wirkungen, als die Genehmigung des Gläubigers noch nicht erteilt oder nachdem die Genehmigung definitiv verweigert ist. Aus dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer wird der Gläubiger wohl niemals ein Klagerecht gegen den Übernehmer erlangen sollen. § 328 B.G.B. Ein solches Recht hätte ja nur Sinn für den Fall der Verweigerung der Genehmigung. Es ist aber wohl am allerwenigsten anzunehmen, daß die Parteien dem Gläubiger ein Recht für diesen Fall durch den von ihnen kontrahierten Vertrag zuwenden wollen. Der Gläubiger hätte ja

---

[127]) So z. B. Gürgens ibid. S. 295, 296, Krettner S. 19.

[128]) Über die Gründe dieser Änderung vergl. Grützmann, sächs. Archiv Bd. 2 S. 429; vergl. ferner Herz S. 50 ff.

den Übernehmer zu seinem Schuldner haben können, wenn er die ihm angetragene Schuldübernahme genehmigt hätte. Er hat aber von dieser Genehmigung Abstand genommen[129]).

Selbstverständlich ist es den Parteien unbenommen, den Vertrag, insoweit er nur obligatorische Wirkungen äußert, jederzeit wieder aufzuheben, denn insoweit berührt der Vertrag ja nur die Kontrahenten selbst, greift aber in keiner Weise auf den Gläubiger über. Zweifelhaft hätte es nur sein können, ob die Kontrahenten durch gegenseitigen Konsens auch die dingliche Wirkung des Vertrags wieder aus der Welt hätten schaffen können. Das Gesetz hat daher, um einer diesbezüglichen Kontroverse von vornherein das Wasser abzugraben, entschieden, daß die Parteien nur bis zur Genehmigung des Vertrags durch den Gläubiger den Vertrag ändern oder aufheben können. Sobald also die Genehmigung des Gläubigers erteilt ist, können die Parteien auch durch gegenseitigen Konsens den Vertrag nicht mehr aufheben. Bis dahin hatten sie freie Hand[130]). Inter se oder wie man in der Literatur vielfach sagt, subjektiv sind die Parteien sich gegenseitig allerdings schon vom Moment der Perfektion des Vertrags an gebunden. Ein einseitiger Widerruf des einmal abgeschlossenen Vertrags ist unmöglich[131]). Allein objektiv, d. h. dem Gläubiger gegenüber sind die Kontrahenten erst mit Erteiligung der Genehmigung gebunden.

Fassen wir nunmehr die Genehmigung des Gläubigers näher ins Auge. Das Gesetz schreibt vor, daß die Genehmigung des Gläubigers erst erfolgen kann, wenn der Schuldner oder der Übernehmer dem Gläubiger die Schuldübernahme „mitgeteilt" hat. Der Gläubiger kann also nicht ohne weiteres genehmigen, wenn er von irgendeiner anderen Seite her von der Verfügung, die über sein Vermögen getroffen wurde, gehört hat, er muß vielmehr die formelle „Mitteilung" durch die Kontrahenten abwarten, und jede Genehmigung, die erfolgen würde, ohne daß die fragliche Mitteilung dem Gläubiger zuteil geworden wäre, hätte keine rechtliche Wirkung. Damit ist nun nicht gesagt, daß der Gläubiger vielleicht

---

[129]) Vergl. dazu auch § 329 B.G.B. und die Interpretation, die wir demselben auf S. 204 geben.

[130]) u. [131]) Vergl. Gürgens ibid. S. 293, 294 und Matthias ibid. S. 464.

ausdrücklich auf die Mitteilung in der Genehmigung Bezug nehmen muß. Die Genehmigung ist vielmehr auch dann gültig, wenn der Gläubiger nach erfolgter Mitteilung in der Genehmigung etwa auf eine andere Quelle Bezug nimmt. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Mitteilung dem Gläubiger zwar zugegangen, ihm aber aus irgendeinem Grunde nicht bekannt geworden ist und der Gläubiger zufällig von anderer Seite her über die Sache hörend nunmehr genehmigt hätte? Man wird diese Genehmigung wohl für gültig erachten müssen. Denken wir uns den Fall aber etwas anders: die Mitteilung ist unterwegs verloren gegangen, der Gläubiger genehmigt, so kann man kein Bedenken tragen, diese Genehmigung für unwirksam zu erklären (§ 130 B.G.B.). Ebenso wird man eine Genehmigung, die vor der „Mitteilung" erfolgt, für ungültig erachten müssen, selbst wenn nachträglich die „Mitteilung" noch erfolgen sollte. Es ist zweifellos in dieser Regelung der Dinge ein Verstoß gegen die allgemein für die Konvaleszenz geltenden Rechtssätze zu erblicken. In allen anderen Fällen, wo über fremdes Vermögen verfügt ist, kann nämlich der Berechtigte auf jede beliebige Kenntnis von der unbefugten Verfügung hin wirksam genehmigen. Jedenfalls braucht er eine formelle „Mitteilung" seitens der Kontrahenten nicht abzuwarten. Dies entspricht auch einzig und allein dem inneren Wesen der Genehmigung in diesen Fällen, während das Abwartenmüssen der formellen „Mitteilung" damit nicht recht in Einklang steht[132]). Allein man machte hier eine Ausnahme von dem sonst geltenden Satz, man stellte das praktische Bedürfnis, das zu dieser Ausnahme zwang, über die Konsequenz. Es erschien bedenklich, dem Gläubiger das Recht zur Genehmigung ohne die besagte Erschwerung zu erteilen. Die Kontrahenten könnten es als Härte empfinden, meinte man, wenn der Gläubiger durch ein unbeschränktes Zugriffsrecht ihrer Befugnis zur nachträglichen Änderung und Aufhebung des Vertrages präjudizieren könnte. Sowohl die Kontrahenten als auch der Gläubiger könnten in Ungelegenheiten kommen, wenn sie von ihren inzwischen vorgenommenen beiderseitigen

---

[132]) Vergl. dazu Matthias ibid. S. 464, welcher, obwohl Anhänger der „Verfügungstheorie", doch zugibt, daß das Recht zur Genehmigung dem Gläubiger eigentlich zustehen sollte, sobald der Übernahmevertrag geschlossen ist und unabhängig von einer „Mitteilung" durch die Parteien.

Maßnahmen nichts wüßten[133]). Man wollte diesen Mißlichkeiten aus dem Wege gehen und suchte nach geeigneten Mitteln. Ein Rettungsmittel erblickte das Gesetz in der Einführung der besprochenen „Mitteilung". Allein wenn die Mitteilung auch eine gewisse Garantie zu bieten vermag, so ist sie doch keineswegs imstande, die Parteien gänzlich vor Ungelegenheiten zu behüten. Ein Beispiel wird uns dies zeigen: Die Kontrahenten schließen den Vertrag ab und machen dann die vorgeschriebene „Mitteilung" an den Gläubiger. Nun besinnen sie sich aber auf einmal wieder anders und machen den Vertrag wieder rückgängig zu einer Zeit, wo die Genehmigungserklärung des Gläubigers noch nicht abgegeben oder zwar abgegeben, aber noch nicht zugegangen, die Mitteilung dagegen bereits zugegangen war. Der Gläubiger von der Aufhebung des Vertrages durch die Kontrahenten nichts wissend, genehmigt und verläßt sich darauf, daß dadurch die Schuldübernahme perfekt geworden ist. Die Genehmigung des Gläubigers ist hier gegenstandslos, denn der Vertrag ist ja inzwischen aufgehoben worden. Gegenstandslos ist die Genehmigung des Gläubigers natürlich auch dann, wenn der Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer von vornherein nichtig ist.

Die Motive[134]) meinen, die Kontrahenten könnten in große Ungelegenheiten kommen, wenn sie in Unkenntnis der Genehmigung den Vertrag wieder aufhöben oder änderten. Ich erachte diese Möglichkeit für fast ganz ausgeschlossen: Der Gläubiger genehmigt auf die Mitteilung der Kontrahenten hin sofort und sendet die Genehmigung ab. Dann können die Kontrahenten den Vertrag doch noch so lange aufheben, als ihnen die Genehmigung des Gläubigers noch nicht zugegangen ist, denn erst in diesem Moment wird die Genehmigung wirksam. Ist die Genehmignng zugegangen, dann erlischt allerdings diese Befugnis der Kontrahenten, aber die Kontrahenten werden dann den Vertrag auch nicht mehr aufheben, denn sie wissen ja, daß er vom Gläubiger genehmigt ist. In diesem Falle könnte höchstens der Gläubiger wieder in eine unangenehme Lage kommen, wenn nämlich der Vertrag vor Eintreffen der Ge-

---

[133]) Motive z. B.G.B. Bd. 2 S. 144. Vergl. dazu auch das Urteil des Reichsgerichts vom 24. Mai 1894.

[134]) Motive zum B.G.B. Bd. 2 S. 144.

nehmigung wieder aufgehoben wird[135]). Zahlreichen Ungelegenheiten hätte man dadurch aus dem Wege gehen können, daß man im Gesetz den Parteien vielleicht nur bis zum Moment der erfolgten „Mitteilung" die Wiederaufhebung oder Änderung des Vertrags gestattet hätte. Bis zu diesem Moment hätten die Parteien genügend Zeit gehabt, sich zu überlegen, ob sie den Vertrag aufrecht erhalten wollen oder nicht.

Eine Form ist für die „Mitteilung" nicht vorgeschrieben[136]). Sie kann sowohl vom Urschuldner als auch vom Übernehmer ausgehen. Die Mitteilung muß natürlich auf den Vertragsinhalt Bezug nehmen und denselben der Wahrheit entsprechend darstellen. Würde der Mitteilende etwa aus Versehen über den Inhalt des Vertrags dem Gläubiger eine unrichtige Mitteilung zugehen lassen, so würde der Gläubiger doch nur so genehmigen können, wie die Mitteilung lautet, und die Folge wäre die, daß die Genehmigung des Gläubigers unwirksam wäre, denn er hätte ja den Vertrag, so wie er tatsächlich ist, gar nicht genehmigt.

Die Mitteilung ist einseitig und empfangsbedürftig, auf sie finden die Vorschriften der §§ 130—132 B.G.B. Anwendung. Eine Zeit, innerhalb welcher die Mitteilung abzugeben ist, ist natürlich nicht vorgesehen. Es steht ja überhaupt im Belieben der Parteien, ob sie die „Mitteilung" dem Gläubiger zugehen lassen, ihm also die Möglichkeit der Genehmigung bieten wollen oder nicht. Ist der Mitteilende durch einen Umstand zur Abgabe der Notifikation bestimmt worden, der sonst zur Anfechtung berechtigt, so kann der Mitteilende natürlich anfechten. Wäre nun die sog. „Mitteilung" wirklich eine bloße Mitteilung, so wäre eine Anfechtung derselben unmöglich, allein unsere „Mitteilung" ist genau betrachtet mehr als

---

[135]) Vergl. dazu die sonderbare Ansicht Cromes, welcher den Gläubiger gegen das Rücknahmerecht der Kontrahenten dadurch schützen will, daß er in der „Mitteilung" des Übernehmers von dem erfolgten Vertragsabschluß „implicite ein Gesuch um Genehmigung und damit einen Antrag, daß der Gläubiger unter Entlassung des bisherigen Schuldners den Anzeigenden als neuen Schuldner annehmen solle", erblickt, somit folgerichtig dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, die durch die (neben der „Mitteilung" herlaufende) „Offerte" „angebahnte" Schuldübernahme nach § 414 Acceptation der Offerte zu perfizieren. (Crome ibid. S. 354, 355.)

[136]) So auch z. B. Scherer ibid. S. 369 Nr. 3.

eine bloße Benachrichtigung. Sie setzt den Gläubiger nicht bloß faktisch von etwas in Kenntnis, wie dies eine wahre Mitteilung tut, sondern sie gibt dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit zu genehmigen und dadurch den Schuldnerwechsel herbeizuführen. Die „Mitteilung" des § 415 B.G.B. hat also eine Doppelfunktion und die zuletzt erwähnte Funktion, die einer gewöhnlichen Mitteilung niemals inne wohnt, ist die primäre.

Wie ist zu entscheiden, wenn die Kontrahenten den Vertrag abgeschlossen haben, vorläufig aber den Schuldnerwechsel noch nicht herbeiführen wollen, sich daher gegenseitig verpflichtet haben, die „Mitteilung" an den Gläubiger noch bis zu einem gewissen Zeitpunkt zu unterlassen, und nun einer der Kontrahenten vertragsbrüchig wird, trotzdem vorher Mitteilung macht und der Gläubiger genehmigt? Ist dadurch die Schuldübernahme perfekt geworden oder nicht? Zweifellos hat sich der Schuldnerwechsel vollzogen. Ebenso ist in dem Falle zu entscheiden, wenn die Kontrahenten miteinander abgemacht haben, daß nur beide zusammen oder der eine überhaupt nicht oder nur mit Zustimmung des anderen die Mitteilung machen darf, die Notifikation an den Gläubiger aber diesen Abmachungen zuwider geschieht. Die Kontrahenten können sich aber gegen derartige unliebsame Vorkommnisse dadurch sehr leicht schützen, daß sie dem Gläubiger die Beschränkung der Mitteilungsbefugnis anzeigen. Ich werde auf diesen Punkt übrigens später in einem anderen Zusammenhang nochmals zu sprechen kommen. Es ist an dieser Stelle ausdrücklich zu bemerken, daß in der „Mitteilung" nach der Ansicht des Gesetzes keine Offerte zu einem Vertrag, sondern lediglich eben die Benachrichtigung des Gläubigers vom vollzogenen Abschluß des Vertrages liegen soll. Dementsprechend ist, nach der Ansicht des B.G.B., die Genehmigung des Gläubigers auch keine Acceptation, sondern eine Genehmigung im technischen Sinne, wie sie das B.G.B. in seinem allgemeinen Teile regelt. Es wäre auch bei der Sorgfalt, die sonst das B.G.B. in der Ausdrucksweise walten läßt, höchst sonderbar, wenn es das Wort „Genehmigung", das doch bei ihm die Bedeutung eines terminus technicus hat, hier nicht im Sinne von Genehmigung, sondern im Sinne von Acceptation gebrauchen würde. Auch die Wendung „die Wirksamkeit hängt ab" läßt unzweideutig erkennen, daß die Genehmigung des § 415 B.G.B. eine Genehmigung im tech-

nischen Sinne ist. Die Genehmigung ist ebenfalls einseitig und empfangsbedürftig. Sie ist formlos und kann mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine Genehmigung kann auch in einer konkludenten Handlung erblickt werden. In der Literatur streitet man darüber, ob die Klageerhebung gegen den Übernehmer eine Genehmigung der Schuldübernahme in sich schließe oder nicht[137]). Streng genommen bringt ja der Gläubiger durch die Genehmigung die Schuldübernahme überhaupt erst zustande, er würde also auf Grund eines Rechtes klagen, das er erst durch die Klageerhebung erwirbt. Allein man wird wohl diesen haarspalterischen Deduktionen zum Trotz der Klageerhebung zugleich auch die Rolle der Genehmigung zuweisen können. Die Genehmigung kann sowohl dem Urschuldner wie auch dem Übernehmer gegenüber erklärt werden, ohne Rücksicht darauf, wer die Mitteilung gemacht hat[138]). Genehmigt der Gläubiger gegenüber beiden, gehen aber die Erklärungen zu verschiedenen Zeiten den Adressaten zu, so perfiziert die zuerst zugehende Genehmigungserklärung die Schuldübernahme und macht die später zugehende überflüssig. Es wäre sehr wünschenswert gewesen, wenn das Gesetz entweder ähnliche Schutzbestimmungen wie im analogen Falle bei der Vollmacht auch hier erlassen hätte, oder wenigstens den Kontrahenten die Pflicht auferlegt hätte, sich gegenseitig von der Genehmigung oder Nichtgenehmigung zu benachrichtigen. Von einer solchen Benachrichtigungspflicht ist aber nirgendswo im Gesetz die Rede. Vielleicht läßt sie sich als stillschweigend ausgemacht aus dem Vertrag herauslesen. Der Gläubiger kann den Vertrag natürlich nur so genehmigen, wie er tatsächlich lautet und wie er ihm mitgeteilt wird. Jede Genehmigung unter Einschränkungen oder Abweichungen gilt als Verweigerung der Genehmigung[139]). Der Gläubiger kann insbesondere nicht den Urschuldner neben dem Übernehmer behalten wollen[140]). Damit nun der Gläubiger nicht bis in alle Ewigkeit hinein genehmigen und die Kontrahenten im Ungewissen

---

[137]) Vergl. Gürgens ibid. S. 274, 305, Beseler, Privatrecht § 118, S. 477, Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 338, Not. 5, vergl. aber auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 118, 119. Vergl. ferner Entsch. des R.G. Bd. 19 S. 253 und Bd. 33 S. 184.

[138]) So auch Crome ibid. S. 353 Anm. 29.

[139]) So auch Crome ibid. S. 354 Anm. 31.

[140]) So auch Matthias ibid. S. 464, Tränkner S. 598.

halten kann, hat das Gesetz den Parteien gestattet, durch eine Fristsetzung die durch die Genehmigung herbeigeführte Schwebezeit zu regulieren. Jeder der Vertragsschließenden kann nämlich für sich allein dem Gläubiger eine Frist setzen mit der Aufforderung, sich innerhalb dieser Frist über die Genehmigung zu erklären. Erfolgt die Genehmigung innerhalb dieser Frist oder wird die Genehmigung ausdrücklich verweigert, so treten die bekannten Wirkungen ein. Schweigt der Gläubiger, so wird dieses Schweigen als Verweigerung der Genehmigung gedeutet. Einer Androhung der Folgen, die im Falle der Fristversäumnis eintreten, bedarf es nicht. Nach Ablauf der Frist kann eine Genehmigung überhaupt nicht mehr erteilt werden. Der erfolglose Ablauf der Frist steht somit der Verweigerung der Genehmigung gleich. Die Frist läuft ohne Rücksicht darauf, ob es dem Gläubiger möglich war zu genehmigen oder nicht. Hinsichtlich des Beginns der Frist und ihrer Ausdehnung bestimmt das Gesetz nichts. Es steht daher ganz im Belieben der Kontrahenten, wie sie die Frist bemessen wollen[141]). Immerhin wird sie, wie Schollmeyer a. a. O. richtig hervorhebt, so bemessen sein müssen, daß innerhalb derselben die Genehmigung zugehen kann. Denn wäre sie so kurz bemessen, daß dies nicht geschehen könnte und müßte sie gleichwohl als gültig bestimmt gelten, so hätte es der Fristsetzer in seiner Hand, das Recht seines Gegenkontrahenten auf Herbeiführung der Genehmigung durch Normierung einer gänzlich ungenügenden Frist illusorisch zu machen. Wie ist nun zu entscheiden, wenn beide Kontrahenten von der Befugnis der Fristbestimmung Gebrauch machen, die Frist des einen aber früher als die des anderen abläuft. Plank meint, daß hier der Gläubiger innerhalb der zuerst ablaufenden Frist genehmigen müsse. Diese Ansicht Planks dürfte zutreffend sein. Der Gläubiger kann, selbst wenn ihm nur der eine der Kontrahenten die Frist gesetzt hat, doch dem anderen gegenüber genehmigen[142]). Eine vorher dem anderen Teil gegenüber erklärte Genehmigung bleibt in Kraft. Man muß

---

[141]) Plank, B.G.B. Bd. 2 S. 201, Schollmeyer S. 400, Siméon ibid. S. 336, derselben Meinung ist auch Staudinger B.G.B. S. 150, ferner Crome ibid. S. 354 Anm. 32, dieser jedoch mit der Einschränkung, daß er meint, die Frist müsse selbstredend zur Überlegung des Gläubigers und zum Transport der Erklärungen hinreichend sein.

[142]) So auch Siméon ibid. S. 336.

an dieser Ansicht, so sehr sie auch, wie wir noch des näheren sehen werden, geeignet ist, zu Unzuträglichkeiten zu führen, um so mehr festhalten, als das Gesetz, welches bei ähnlichen Rechtsverhältnissen sonst ausdrücklich das Gegenteil bestimmt hat, sich hier bezüglich dieser Frage in Schweigen hüllt. Mit diesem Schweigen will das Gesetz andeuten, daß es hier von dem sonst aufgestellten Erfordernis absieht. Sehr leicht kann dadurch der Zweck der Fristsetzung illusorisch gemacht werden. Ein Beispiel wird dies zeigen. Der Zweck der Fristsetzung besteht doch, wie wir gesehen haben, darin, demjenigen Kontrahenten, der die Frist setzt, möglichst bald Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Gläubiger mit der Schuldübernahme einverstanden ist oder nicht. Man denke nun an folgenden Fall. Der Übernehmer setzt eine Frist, der Gläubiger genehmigt auch rechtzeitig aber dem Urschuldner gegenüber und der Urschuldner macht dem Übernehmer von der ihm gegenüber erklärten Genehmigung des Gläubigers keine Mitteilung. Er ist ja zu dieser Mitteilung auch gar nicht verpflichtet. Zweifellos hat in diesem Falle der Fristsetzer den Zweck, den er mit der Fristsetzung erreichen wollte, nicht erreicht. Dieser Fall zeigt uns auch zugleich, daß es ein unabweisbares Bedürfnis ist, den Kontrahenten wechselseitige Mitteilungspflicht aufzuerlegen [143]).

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt, wie wir gesehen haben, die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Die dingliche Funktion des Vertrages erlischt, die obligatorische bleibt bestehen. Wenn sich nun der Gläubiger nachträglich anders besinnt und genehmigen will, so ist ihm diese Möglichkeit genommen, denn seine Genehmigung würde infolge der Nichtexistenz eines Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer — dieser Vertrag ist ja durch die Verweigerung der Genehmigung des Gläubigers hinfällig geworden — gegenstandslos sein [144]). Die Kontrahenten müßten also in diesem Falle abermals einen Vertrag schließen [145]). Dieser Meinung ist auch Ros-

---

[143]) So auch Schollmeyer S. 400.

[144]) Vergl. Cosack Bd. 1 S. 384 Bd. 2 S. 208, Matthias S. 464, Krettner S. 44, Rosbund S. 34, Tränkner S. 598.

[145]) Crome ibid. S. 355 will auch hier, wie in dem Fall der Fußnote Nr. 135 dem Gläubiger, welcher dem ursprünglichen Schuldner die Genehmigung verweigert oder verspätet erklärt hat, dadurch helfen, daß er ihm die Möglichkeit gibt, immer noch den „Vertragsantrag" des Übernehmers, der ja implicite

bund (ibid. S. 34): Dies kann von den Parteien unter Umständen als eine unnütze Erschwerung empfunden werden, so namentlich dann, wenn der Gläubiger lediglich deshalb nicht genehmigt hat, weil es ihm aus irgendeinem Grunde vielleicht faktisch unmöglich war. Noch unbilliger klingt die Entscheidung dann, wenn die Genehmigungserklärung des Gläubigers nur mit ganz kurzer Verspätung eintrifft, der Fristsetzer aber die Genehmigung trotzdem gelten lassen will. Nach dem B.G.B. ist in diesem Falle die Übernahme nicht erfolgt und ich glaube, daß hier auch dadurch nicht geholfen werden kann, daß man in dem Geltenlassenwollen des Fristsetzers eine Fristverlängerung erblickt, denn die Prolongierung der Frist muß dem Gläubiger gegenüber erfolgt sein, bevor die alte Frist abgelaufen ist. Die Parteien brauchen nun aber in einem solchen Falle nicht den ganzen Vertrag von neuem wieder abzuschließen, sondern sie können miteinander abmachen, den früheren Vertrag aufrecht erhalten zu wollen. So auch Plank[146]). Selbstverständlich muß in einem solchen Falle auch eine neue Mitteilung des neuen Vertrages erfolgen. Die bloße Erneuerung der Mitteilung oder der Frist ohne vorherigen Abschluß auch eines neuen Vertrages setzt den Gläubiger nicht in die rechtliche Lage, wirksam genehmigen zu können. Die Erteilung wie auch die Verweigerung der Genehmigung unterliegt selbstverständlich allen in Bezug auf Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gegebenen Vorschriften. Ist die Genehmigung nichtig oder angefochten, so könnte man vielleicht meinen, daß der Übernehmer, wenn er bereits an den Gläubiger geleistet hat, das Geleistete wieder von ihm zurückfordern dürfte, weil er ja ein indebitum geleistet habe. Allein wenn er auch dem Gläubiger gegenüber ein indebitum geleistet hat, so hat er doch dem Urschuldner gegenüber ein debitum geleistet, wenigstens dann, wenn die Parteien die obligatorische Vertragswirkung beabsichtigt haben. Von einer Rückwirkung kann also nicht die Rede sein. Liegt Nichtigkeit oder Anfechtung der Genehmigung vor, so wird von der Nichtigkeit nur die Genehmigung als solche betroffen, die Rechtslage im übrigen bleibt vollkommen un-

in jeder „Mitteilung" des Übernehmers drinläge, nach allgemeinen Grundsätzen zu acceptieren und dadurch eine Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. herbeizuführen.

[146]) Plank, B.G.B. Bd. 2 S. 201.

verändert. Dies gilt insbesondere von der Mitteilung und von der Fristsetzung. Wenn der Schuldner aus einem Vertrag zugunsten eines Dritten seine Schuld auf einen anderen übertragen will, müssen dann der Dritte und der Vertragsgegner genehmigen oder genügt die Genehmigung eines der Beiden? Es ist zu unterscheiden: hat der Dritte ein selbständiges Recht durch das pactum in favorem tertii erworben, so ist seine Genehmigung erforderlich, hat er aber kein selbständiges Recht erlangt, sondern ist er bloß Empfänger der Leistung [147]), so ist auch seine Genehmigung nicht erforderlich. Ganz ebenso steht es auch mit der Genehmigung des Vertragsgegners. Es ist überhaupt zu bemerken, daß, wenn in der Gläubigerrolle mehrere Personen stehen, die Genehmigung aller dieser Personen vorliegen muß, sofern nicht besondere Verhältnisse ein anderes bestimmen.

Wir kommen nunmehr zu einem recht verwickelten Kapitel. Wie ist zu entscheiden, wenn die Schuld nach Abschluß des Vertrags aber vor erfolgter Mitteilung und Genehmigung weiter übertragen wird [148])? Ist eine solche Übertragung überhaupt möglich? Wir wollen der Einfachheit halber hier den Urschuldner als A, den 1. Übernehmer als B, den 2. als C bezeichnen. Ich glaube, daß man an der Möglichkeit einer solchen Übertragung nicht zweifeln kann. Ein Beispiel soll uns die Sachlage veranschaulichen: A hat die Schuld auf B, dieser die Schuld auf C weiter übertragen. Genehmigt der Gläubiger keine dieser Übernahmen, so bleibt der A verhaftet, B und C sind dem Gläubiger gegenüber frei, jedoch bestehen die bekannten obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen A und B. Zwischen B und C bestehen solche nicht, da das obligatorische Band sich ja nur für den Fall um B und C schlingen sollte, daß der B wirklich Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger wird. Man kann doch nicht wohl annehmen, daß der C dem B gegenüber verpflichtet sein soll, den B von der Verpflichtung, die dieser gegenüber dem A hat, zu befreien. Dadurch würde bei mehrfacher Übertragung der Schuld die Kette der obligatorischen Verpflichtungen zu lang. Genehmigt der Gläubiger, so ist folgende Unterscheidung zu machen: Genehmigt er gegenüber dem A, so ist die Schuldübernahme zwischen A und B

---

[147]) Jhering spricht hier von „Reflexwirkung".

[148]) Vergl. dazu die Ausführungen bei Schurter S. 347, 348.

zustande gekommen und damit infolge des Prinzips der Rückwirkung auch die logische Möglichkeit für die Schuldübertragung von B auf C gegeben, denn die Schuld war bereits auch nach außen hin auf den B übergegangen im Moment der Weiterübertragung. Um den C zum Schuldner zu machen, ist außerdem noch die Genehmigung der Schuldübertragung zwischen B und C erforderlich. Genehmigt der Gläubiger aber gegenüber dem B, so muß man zweierlei auseinander halten: wollte der Gläubiger damit die Schuldübernahme zwischen A und B gutheißen, so gilt das eben gesagte, wollte der Gläubiger aber der Schuldübertragung zwischen B und C zustimmen, oder genehmigt er direkt dem C gegenüber, so hat er zwei Schuldübertragungen auf einmal gutgeheißen. Denn, wenn der Gläubiger die Schuldübertragung zwischen B und C genehmigt, erteilt er damit implicite auch der zwischen A und B stattgehabten seine Zustimmung. Infolge des Prinzips der Rückwirkung war also auch hier die Schuld von A auf B in dem Moment bereits übergegangen, wo der B die Schuld auf den C weiter übertrug. Da nun auch die Schuldübertragung zwischen B und C genehmigt ist, ist die Schuld auf den C übergegangen. Der A kann nur Mitteilung über den zwischen ihm und dem B geschlossenen Vertrag machen, denn er ist ja nur an dieser Schuldübernahme interessiert. Er kann keineswegs von dem zwischen B und C abgeschlossenen Vertrag Mitteilung machen, weiß er doch gar nicht, ob die Parteien wirklich gesonnen sind, den Vertrag auch genehmigen zu lassen oder ob sie ihn nicht inzwischen schon wieder aufgehoben haben. Würde man dem A die Mitteilungsbefugnis auch für den Vertrag zwischen B und C zusprechen, so würde man ihm damit ein nicht zu rechtfertigendes Zugriffsrecht auf eine fremde Vermögenssphäre geben. Der B kann für beide Schuldübernahmen gültig Mitteilung machen, für ihn entfallen die eben erwähnten Bedenken. Der C kann ähnlich wie der A nur von dem zwischen B und C abgeschlossenen Vertrag Mitteilung machen. Dementsprechend kann der Gläubiger die erste Schuldübernahme nur gegenüber dem A oder B, die zweite Schuldübernahme nur gegenüber dem B oder C genehmigen. Damit steht, wie ich glaube, das oben Gesagte, nämlich daß mit der Genehmigung des zweiten Vertrags implicite auch die erste Übernahme genehmigt sei, keineswegs in Widerspruch, denn es ist doch ein Unterschied, ob ich sage, wenn der Gläubiger dem C gegenüber genehmigt, macht er dadurch den zweiten Vertrag gültig,

und weil der zweite Vertrag genehmigt ist, muß implizite damit auch der erste genehmigt sein, oder ob ich sage, der Gläubiger kann von vornherein ohne weiteres dem C gegenüber den ersten Vertrag genehmigen.

Das Recht zur Fristsetzung steht hier denselben Personen zu, wie die Mitteilungsbefugnis. Ein tieferes Eingehen auf diese interessante Frage der Weiterübertragung einer Schuld muß ich unterlassen, da ich mich sonst zu sehr in Einzelheiten verlieren würde.

Wenn, wie wir gesehen haben, der Gläubiger durch eine Genehmigung die Schuldübernahme hinterher mit rückwirkender Kraft gültig machen kann, so ist es nur konsequent, der Einwilligung des Gläubigers eine analoge Kraft beizulegen[149]). Wenn der Gläubiger von vornherein in die Schuldübernahme einwilligt, so geht die Schuld bereits im Moment der Vertragsperfektion auf den Übernehmer über. Natürlich muß sich die Einwilligung auf dieselbe Person beziehen, die nachher in der Obligation als Schuldner figurieren soll. Eine Mitteilung oder Fristsetzung ist hier selbstredend ausgeschlossen. Die Einwilligung kann bis zur Perfektion des Vertrages widerrufen werden. Die Einwilligung selbst, sowie auch der Widerruf derselben kann beiden Kontrahenten gegenüber erklärt werden.

Bevor ich das Kapitel von der Zustimmung des Gläubigers verlasse, will ich noch kurz einiger Sonderfälle Erwähnung tun[150]).

a) Stirbt der Urschuldner oder der Übernehmer vor erfolgter Genehmigung und werden sie von fremden Personen beerbt, so rücken die Erben in die Rechtsstellung und es tritt weiter keine uns hier interessierende Veränderung der rechtlichen Beziehungen ein. Hinterläßt der Urschuldner aber den Übernehmer als Erben, so succediert dieser bereits kraft Erbrechts in die Schuld. Könnte jetzt außerdem noch eine Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger stattfinden, so würde der Übernehmer nunmehr kraft Übernahmevertrags und kraft Erbrechts in die Schuld succedieren. In diesem Falle dürfte eine Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger wohl unstatthaft sein, erstlich weil zu dem internen Über-

[149]) So auch Crome ibid. S. 353 Anm. 25, Kuhlenbeck B.G.B. Bd. 1 S. 291; Schollmeyer S. 400 will der Einwilligung des Gläubigers nur dann gleiche Wirkung mit der Genehmigung beilegen, wenn der Gläubiger im Einverständnis des Schuldners und Übernehmers seine Einwilligung erteilt hat.

[150]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 278, 279 ff.

nahmevertrag wie zu jedem Vertrag mindestens zwei Personen gehören und sodann, weil der Übernehmer ja auch ohne Genehmigung des Gläubigers schon kraft des bloßen Erbrechts Schuldner des Gläubigers ist. Der praktische Unterschied liegt darin, daß im einen Fall der Übernehmer nur mit dem Nachlaß, im anderen Falle dagegen mit seinem ganzen Vermögen haftet. Auch in dem Falle, daß der Übernehmer vor erfolgter Genehmigung stirbt und vom Urschuldner beerbt wird, dürfte eine Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger ausgeschlossen sein, da man doch keine Schuld von sich auf sich abwälzen kann.

b) Der Übernehmer stirbt vor der Genehmigung und wird vom Gläubiger beerbt. Da der Gläubiger kraft Erbrechts in die gesamte Rechtstellung des Übernehmers so succediert, wie sie der Übernehmer im Moment des Todes verlassen hat, so wäre die rechtliche Lage die, daß zwischen dem Urschuldner und Gläubiger ein Übernahmevertrag besteht, für welchen die Genehmigung des Gläubigers noch aussteht. Auch hier dürfte für eine Genehmigung der Schuldübernahme seitens des Gläubigers kein Raum mehr sein, da die Schuld, um die es sich handelt, im Moment des Erbfalls durch Konfusion bereits erloschen ist. Solange der Gläubiger noch nicht genehmigt hat, und das ist hier der Fall, da man in dem Erbfall nicht ohne weiteres ein Surrogat für die Genehmigung des Gläubigers erblicken kann, ist der Urschuldner dem Gläubiger noch verhaftet. Der Übernehmer, hier also der Gläubiger, ist aber dem Urschuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger, hier also sich selbst, zu befriedigen. Wenn aber der A dem B 100 schuldig ist und der B ist dem A gegenüber verpflichtet, sich wegen der 100 selbst zu befriedigen, so kann man, wenn man nicht haarspalterisch sein will, in dieser Konstellation der Dinge eine Konfusion erblicken. Wenn nämlich der B dem A gegenüber verpflichtet ist, sich selbst zu befriedigen, so muß der B, wenn ihm der A 100 geleistet hat, dem A das Geleistete wieder zurückgeben. Oder anders gewendet: wenn man an der Verpflichtung des A festhalten will, so muß man dem B die Verpflichtung auferlegen, dem A die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel zu geben. Will man nun dieses aus einem Beispiel gewonnene praktische Ergebnis in die abstrakte Rechtssprache übersetzen, so muß man eben sagen, die Forderung des A gegen den B auf Selbstbefriedigung des B verwandelt sich bei einem solchen Zusammentreffen der Um-

stände wie in unserem Fall in eine Verpflichtung des B dem A 100 zu geben (damit dieser sie wieder dem B gebe). Was ist das aber praktisch anders als eine Konfusion?

c) Der Urschuldner stirbt und wird vom Gläubiger beerbt.

Plank[151]) meint, daß hier § 185 Abs. 2 B.G.B. Anwendung finden müsse. Der Übernehmer soll also dem Gläubiger gegenüber verhaftet sein. Diese Entscheidung dürfte wohl nicht zutreffen, sie ist weder streng juristisch gerechtfertigt, noch trägt sie den Parteiintentionen Rechnung. Die Parteien wollen jetzt gar keine Schuldübernahme mehr, da sie an ihr kein Interesse mehr haben. Die Schuldübernahme würde auch vollständig ihren ökonomischen Zweck verfehlen. Meistens liegt doch der Schuldübernahme ungefähr folgender ökonomischer Zweck zugrunde: Der Urschuldner hat vom Übernehmer etwas zu fordern und dem Gläubiger etwas zu leisten[152]). Um nun den Umweg zu vermeiden, daß der Übernehmer zuerst dem Urschuldner leistet und dieser dann das Geleistete wieder an den Gläubiger abgibt, greift man zur Schuldübernahme. Dadurch, daß bei der Schuldübernahme der Übernehmer an den Gläubiger direkt leistet, erfüllt er zunächst seine Verbindlichkeit gegenüber dem Urschuldner, sodann aber auch die Verbindlichkeit des Urschuldners gegenüber dem Gläubiger. Nun sehe man zu, ob in unserem Falle durch die Schuldübernahme auch ein solcher Umweg vermieden wird, ob die Parteien also überhaupt ein Interesse an der Schuldübernahme haben; wenn in unserem Falle keine Schuldübernahme stattfände, müßte der B (Übernehmer) dem A (Urschuldner) leisten. Dies täte er, indem er dem Erben desselben, dem C (Gläubiger), leistet. Sodann müßte der A dem C leisten. Da diese Schuld aber durch Konfusion erloschen ist, wäre also mit einer einzigen Leistung alles abgetan. Kürzer ist der Weg auch nicht bei einer Schuldübernahme. Wenn der Fall also so geartet ist, wie der eben geschilderte, haben die Parteien jedenfalls kein Interesse an einer Schuldübernahme mehr. Aber legen wir der Schuldübernahme einmal einen anderen ökonomischen Zweck zugrunde, um zu sehen, ob auch hier den Parteien ein Interesse an der Schuldübernahme mangelt. Wir wollen annehmen, daß der B, ohne Schuldner des A zu sein, lediglich aus Gefälligkeit die Schuld des A über-

[151]) Plank, B.G.B. in den Anmerkungen zu § 185.
[152]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 280, 292.

nimmt mit der Absicht, das Aufgewendete hinterher vom A wieder zurückzuverlangen. Wenn nun bei solcher Sachlage in unserem Falle hier eine Schuldübernahme stattfände, würde der B an C leisten und hinterher das Geld von A, somit von C wieder, zurückfordern. In Wirklichkeit wäre also hier überhaupt keine Leistung zu erbringen. Wenn nun keine Schuldübernahme stattfindet, so ist, da die Schuld ja durch Konfusion erloschen ist, auch keine Leistung erforderlich. Die Sachlage ist also genau dieselbe wie im vorigen Falle, auch hier haben die Parteien kein Interesse an der Schuldübernahme mehr.

d) Wenn der Gläubiger nach erfolgtem Vertragsschluß, aber vor erfolgter Genehmigung stirbt und vom Urschuldner beerbt wird, so dürfte wohl die Schuld nicht ipso jure auf den Übernehmer übergehen, ohne daß die Genehmigung des Gläubigers erklärt zu werden brauchte. Man könnte ja zwar daran denken, etwa so zu argumentieren: Inter partes ist die Schuld auch ohne Genehmigung des Gläubigers bereits übergegangen. Sonst hat zwar, um der Schuldübernahme auch dem Gläubiger gegenüber Wirksamkeit zu verleihen, der Gläubiger auch noch mitzusprechen, allein im vorliegenden Falle ist dieses Erfordernis durch den Erbgang in Wegfall gekommen. Was stände daher im Wege, die Schuld sofort ohne weiteres übergehen zu lassen. Allein diese Argumentation dürfte doch nicht zutreffend sein, vielmehr dürfte die Schuldübernahme in diesem Fall überhaupt nicht mehr genehmigt werden, die Schuld also überhaupt nicht mehr übergehen können, da eben die Schuld durch Konfusion erloschen ist und die Parteien auch kein Interesse an einer Schuldübernahme mehr haben.

e) Wenn der Gläubiger vom Übernehmer beerbt wird, ist die Entscheidung und Begründung analog derjenigen, die in dem Falle Platz greift, wo der Übernehmer vom Gläubiger beerbt wird.

Gehen wir nun weiter. Ich habe bereits an mehreren Stellen der Darstellung angedeutet, daß ich mich nicht zu den Anhängern der Gesetzestheorie bekennen kann. Ich unterschreibe keineswegs den Empfehlungsbrief, den die Protokolle der Gesetzestheorie mit auf den Weg gegeben haben, indem sie von ihr sagten, sie lasse sich auf die natürliche Auffassung des Lebens und die vermutliche Absicht der Kontrahenten zurückführen und ordne die unter den Beteiligten bestehenden rechtlichen Beziehungen in klarer und einfacher Weise[153]).

[153]) Protokolle zum B.G.B. B. 1 S. 410; vergl. dazu auch Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 473.

Ich habe Gelegenheit gehabt, mich vielfach gerade vom Gegenteil zu überzeugen. Mir scheint eine andere Theorie, für die in der wissenschaftlichen Literatur, soweit ich sehen kann, leider noch keine kurze Bezeichnung eingeführt ist[154]), das Lob zu verdienen, welches die Motive der Gesetzestheorie in so reichlichem Maße spenden. Diese neuere Theorie, welche anscheinend von Seuffert[155]) begründet ist, wird hauptsächlich vertreten von v. Blume, Hellwig, Seuffert, Plank, Stammler, Endemann und anscheinend auch von Dernburg und Krettner. Allein wenn ich mich auch mit der Gesetzestheorie nur wenig zu befreunden vermag, so gebe ich doch mit Dernburg[156]) zu, daß man sie nicht einfach beiseite schieben kann, wie Hellwig[157]) es gerne möchte. Man wird sich vielmehr damit begnügen müssen, ungesunde Folgerungen, die aus ihr gezogen werden können, insoweit abzulehnen, als es ohne direkte Vergewaltigung des Gesetzestextes und der Grundauffassung des B.G.B. geschehen kann. Das Gesetz hat eben die Theorie der „Verfügung über fremdes Vermögen" einmal adoptiert, darüber lassen uns die Motive und der Gesetzestext selbst keinen Augenblick im Zweifel, und wir müssen uns hüten, eine uns liebgewordene Theorie in das Gesetz hineinlesen zu wollen, wenn sie nun einmal nicht drinsteht. Gehen wir nunmehr zur Kritik der Theorie des B.G.B. über.

Jedes obligatorische Rechtsverhältnis hat eine doppelte Seite, eine positive und eine negative. Auf der positiven Seite steht der Gläubiger, auf der negativen Seite der Schuldner. Wenn nun der Schuldner seine Schuld auf einen anderen überträgt, so gibt er dadurch der positiven Seite des Rechtsverhältnisses eine Richtung gegen eine andere Person, er greift also in die Rechtssphäre des Gläubigers ein. Frägt man aber, ob mit dieser Richtungsveränderung durch den Schuldner die Sache erledigt ist — und das müßte eigentlich der Fall sein, wenn der Schuldner die Schuld wirklich so übertragen könnte, wie man z. B. eine Forderung überträgt — so wird jeder sagen, der Gläubiger hat auch noch ein Wort mitzusprechen. Also hat der Schuldner die Schuld doch nicht übertragen. Sollte

[154]) Vielfach so z. B. bei Schollmeyer S. 401 wird sie „Angebotstheorie" genannt.

[155]) Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 9 S. 44.

[156]) Dernburg, Obligationenrecht des B.G.B. S. 356.

[157]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 162.

das nicht ein Fingerzeig dafür sein, daß die Lösung des Problems irgendwo anders zu suchen ist. Ich glaube, man kann nicht selbst eine Verpflichtung von sich abwälzen, dies auch dann nicht, wenn man jemanden gefunden hat, der die abgewälzte Verpflichtung auf sich zu nehmen bereit wäre. Dies liegt eben einmal im Begriff der Verpflichtung drin. Eine Verpflichtung kann, wie ich meine, nur derjenige von uns wegnehmen, demgegenüber wir die Verpflichtung haben. Mit anderen Worten: nur der Gläubiger, nicht aber auch der Schuldner kann der Forderung eine Richtung gegen eine andere Person geben. Der Schuldner ist eben in dieser Hinsicht der dienende, der Gläubiger der herrschende Teil. Sehr richtig sagt Bruns[158]) in dieser Beziehung: „Recht ist Möglichkeit, Pflicht Notwendigkeit; über die Möglichkeit ist man Herr, von der Notwendigkeit wird man selber beherrscht." Wollen wir nun das Resultat unserer Untersuchung kurz zusammenfassen, so müssen wir sagen, die Schuld, die negative Seite eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, befindet sich im Vermögen des Schuldners und muß, wenn sie im Vermögen des Übernehmers erscheinen soll, naturgemäß aus dem Vermögen des Urschuldners heraus in das des Übernehmers verpflanzt werden. Bis dahin stimmen wir also mit dem B.G.B. überein. Aber nunmehr kommt der Punkt, wo unsere Ansichten auseinandergehen. Während das B.G.B. meint, daß der Urschuldner den Verpflanzungsakt vornehme, meine ich, daß der Gläubiger diese Funktion verrichtet. Nach meiner Ansicht ist also der Gläubiger der übertragende Teil, nach der Ansicht des B.G.B. ist dies der Schuldner, und der Gläubiger wird, weil er durch die Übertragung der Schuld immerhin doch auch in seinen Interessen berührt wird, mit dem bekannten Genehmigungsrecht abgespeist. Mir sagt vor allen Dingen die Art und Weise nicht zu, wie das B.G.B. die Rollen verteilt, welche die einzelnen Personen bei der Schuldübernahme spielen. Juristisch vollzieht sich die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger[159]). Damit haben wir die Einsicht gewonnen, daß die Verschiedenheit in der Art und Weise, wie eine Schuld übernommen werden kann, nur eine scheinbare ist. In Wirklichkeit gibt

---

[158]) Bruns, Das heutige römische Recht § 65 (in Holtzendorffs Encyklop.) zitiert auch Schurter S. 316.

[159]) So mit aller Entschiedenheit v. Blume, Novation ꝛc. S. 118.

es nur eine Art der Schuldübernahme und das ist die des § 414. Der Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer ist de lege condenda gar nicht die Schuldübernahme, sondern nur ein Vorbereitungsvertrag dazu. Wir sind somit zu dem Resultat gekommen, daß diejenigen Personen, auf welche es ökonomisch[160]) in erster Linie ankommt, auch juristisch das entscheidende Wort zu sprechen haben, und eine solche Übereinstimmung zwischen Wirtschaft und Recht ist immerhin ein Umstand, der uns im Glauben an die Richtigkeit der von uns gefundenen Lösung eines juristischen Problems nur bestärken kann. Man könnte nun sagen, wenn dem wirklich so ist, daß nicht der Schuldner, sondern nur der Gläubiger zur Übertragung einer Schuld berechtigt ist, so hat ja das B.G.B. ganz recht, wenn es sagt, es läge eine Verfügung über fremdes Vermögen vor. Mit anderen Worten: man könnte meinen, das eben gewonnene Resultat sei vielmehr dazu angetan, die Ansicht des B.G.B. zu stützen und zu kräftigen, als sie zu bekämpfen, denn, könnte man argumentieren, der Gläubiger soll eigentlich die Übertragungshandlung vornehmen, der Schuldner hat ihm aber vorgegriffen, es bedarf also die Handlung des Schuldners als des Nichtberechtigten zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Gläubigers als des Berechtigten. Allein wenn man genauer zusieht, so wird man finden, daß die Vergleichung der Schuldübertragung durch den Urschuldner auf den Übernehmer mit einer Verfügung über fremdes Vermögen, wie sie das Gesetz im § 185 im Auge hat, in jeder Beziehung hinkt[161]). Dem bisherigen Rechte war auch der Grundsatz ziemlich fremd, daß die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand durch Genehmigung seitens des Berechtigten Gültigkeit erlangen kann. Zweifellos war dieser Standpunkt der älteren Rechte logisch auch der richtigere. Allein das B.G.B. hat unter Hintansetzung der Logik die neue Verkehrsform zugelassen. Es zeigt das wohlverständliche Bestreben, Ungehörigkeiten, die vorgekommen sind, auf eine möglichst einfache Weise unschädlich zu machen. Nun darf man aber nicht so weit gehen, daß man alle Gebrechen eines Rechtsgeschäfts durch Anwendung dieser neuen Verkehrsform heilen will. Der § 185 Abs. 2 Satz 1 ist kein Universalmittel der Jurisprudenz, kein Zufluchtsmittel, zu dem man rekuriert, wenn alles

[160]) Anders Gürgens ibid. S. 280 (Mitte).
[161]) So auch Stammler S. 209.

andere fehlgeschlagen ist. Der § 185 hat vielmehr ganz bestimmt gelagerte Fälle im Auge, und ich glaube nicht, daß die Schuldübertragung durch den Schuldner zu diesen Fällen gerechnet werden kann. Das allgemeine Mittel, um es zu ermöglichen, daß einer für den anderen Rechtswirkungen herbeiführen kann, ist dasjenige der Erteilung einer Vollmacht. Der Urschuldner könnte also höchstens als Bevollmächtigter oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht die Schuld im Namen des Gläubigers übertragen. Aber dann müßte er, wie gesagt, im Namen des Gläubigers handeln und in Wahrheit würde die Schuld dann vom Gläubiger übertragen werden. Das soll hier aber gerade nicht der Fall sein. Man muß sich hüten, den § 185 Abs. 2 Satz 1 zu weit ausdehnen zu wollen[162]). Läßt man es nämlich ruhig geschehen, daß das Anwendungsgebiet dieses Paragraphen über die geziemenden Grenzen hinaus erweitert wird, so macht man dadurch der Vollmacht eine ganz illoyale Konkurrenz und schwächt die Scheu vor ungehörigen Übergriffen in fremde Vermögenskreise ab. Man dürfte also wohl nicht die Schuldübertragung unter die Schablone des § 185 bringen können. Kein Mensch wird auch, wenn er mit einem anderen einen Schuldübernahmevertrag abschließt, daran denken, dadurch eine Verfügung über fremdes Vermögen getroffen zu haben. Der Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer ist noch gar nicht die eigentliche Schuldübernahme, sondern lediglich eine Vorbereitung dazu. Der Vertrag hat in Wahrheit gar keine dinglichen Wirkungen, wie er sie nach dem B.G.B. hat, sondern begründet vielmehr nur obligatorische Beziehungen zwischen Urschuldner und Übernehmer[163]). Wenn auch nach dem B.G.B. noch die Genehmigung des Gläubigers zur Schuldübernahme erforderlich ist, so

---

[162]) Vergl. dazu auch die Gründe, aus denen v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 401 folgert, daß „§ 415 B.G.B. mit § 185 B.G.B. nicht in Parallele gestellt werden kann", vergl. ferner die Bedenken, welche v. Blume, Novation ꝛc. S. 115, 116ff. gegen die Genehmigung des B.G.B. (§ 185) vorbringt.

[163]) Vergl. dazu Crome ibid. S. 352 Anm. 21, welcher unsere Theorie deshalb für gekünstelt und den Absichten der Parteien widersprechend hält, weil die Parteien sofort und ohne weiteres bereits die Schuldübernahme selbst, nicht aber erst als Vorbereitung dafür eine Erfüllungsübernahme wollten. Allein Crome übersieht, daß bei der Theorie des B.G.B. ebensogut wie bei der unserigen der Schuldnerwechsel sich nicht schon im Moment der Perfektion des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer, sondern auch erst im Moment der Genehmigung (hier der Acceptation der Offerte durch den Gläubiger) vollzieht.

hat man doch, wie ich meine, immer das Gefühl, als ob der Schwerpunkt der ganzen Schuldübernahme nach dem B.G.B. in dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer läge[164]). Und dieser Gedanke hat immer etwas befremdendes an sich. Der Urschuldner spielt doch in der ganzen Sache eine ziemlich nebensächliche Rolle. In der Theorie des B.G.B. ist er in die Stellung eines Kontrahenten emporgerückt. Die Hauptpersonen bei jeder Schuldübernahme sind zweifellos Gläubiger und Übernehmer[165])[166]). Auf sie kommt es in erster Linie an. Schon diese einfache Überlegung muß einem den Gedanken nahe legen, den Schwerpunkt der Schuldübernahme nicht im Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, sondern im Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger zu suchen. Die Schuldübernahme des § 414 B.G.B. beruht denn auch in der Tat auf diesem Gedanken. Im § 414 liegt der Schwerpunkt der Schuldübernahme dort, wo er liegen soll, die Mitwirkung des Urschuldners ist ganz entsprechend dem Interessenverlust, den er durch die Übernahme erleidet, auf nichts reduziert. Das B.G.B. hat es also in der Konstruktion des Rechtsgeschäftes, durch welches man eine fremde Schuld übernehmen kann, nicht zu einer Einheitlichkeit in der Grundanschauung gebracht.

Der Urschuldner will aus irgendeinem Grunde, dem wir hier nicht weiter nachzuspüren brauchen, von seiner Schuld frei werden. Jedes Mittel, das geeignet ist, diesen Erfolg herbeizuführen, ist ihm genehm. Er setzt sich daher mit einem anderen ins Benehmen und macht mit diesem ab, daß er ihn von seiner Schuld befreien solle, wobei der Urschuldner es dem Übernehmer völlig anheimstellt, auf

---

[164]) In diesem Sinne spricht sich auch deutlich und klar Gürgens ibid. S. 262, 267 (Mitte), 291 Bd. 3, 2. Satz, 298 (oben) aus. Gürgens S. 262 meint, die Schuldübernahme vollziehe sich durch „Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer". Dieser Vertrag sei die Übernahme. Die Mitwirkung des Gläubigers brauche zur Übernahme bloß „hinzuzutreten".

[165]) Vergl. Kipp ibid. S. 352.

[166]) Vergl. ferner den treffenden, sehr für unsere Theorie sprechenden Einwand, den Gürgens ibid. S. 271 (unten) sich selbst macht, indem er sagt, die Schuldübernahme müsse sich schon deshalb durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer vollziehen, weil der Gläubiger durch dieselbe eine Forderung gegen den Übernehmer erwerbe, dieser Erwerb aber normalerweise nur durch die Abschließung eines Vertrags zwischen dem künftigen Gläubiger und dem künftigen Schuldner (Übernehmer) herbeigeführt werden könne.

welche Weise er diesen Erfolg herbeiführen will[167]). Diese Auffassung wird vielmehr den Interessen der Parteien gerecht als die Auffassung, welche das B.G.B. hat. Dem Urschuldner kommt es nicht darauf an, daß der Gläubiger befriedigt wird, sondern nur darauf, daß er selbst von seiner Schuld frei wird. Der Übernehmer gibt sich nun daran, seiner Verpflichtung, den Urschuldner von seiner Schuld zu befreien, nachzukommen. Welches Mittel soll er da wählen, um den Urschuldner frei zu machen? Er kann Erfüllung oder datio in solutum wählen. Er kann aber auch die Schuld des Urschuldners übernehmen und dadurch den Urschuldner befreien. Ich will gleich hierbei bemerken, daß in der Schuldübernahme keine datio in solutum zu erblicken ist, denn läge eine solche vor, so würde die alte Schuld ja untergehen und die neue Schuld, welche eben die alte getilgt hat, an ihre Stelle treten. Dies soll hier aber gerade nicht der Fall sein, weil doch eine Succession stattfinden soll. Die Schuldübernahme ist also nur eines der Mittel, die zu dem gewünschten Erfolg führen können. Der Übernehmer richtet nun an den Gläubiger die Offerte, ob er ihn vielleicht gegen Entlassung des Urschuldners in den Schuldnexus aufnehmen wolle. Der Gläubiger acceptiert diese Offerte. Im Moment der Perfektion des darin liegenden Vertrags geht die Schuld vom Urschuldner auf den Übernehmer über. Die eigentliche Schuldübernahme liegt also nicht in dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, sondern in dem Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger. Damit hätten wir auch die in der Theorie des B.G.B. vermißte Einheitlichkeit in der Konstruktion der Schuldübernahme erreicht. Nach unserer Ansicht ist die Übernahme des § 415 genau dieselbe wie diejenige des § 414, wenigstens de lege ferenda. Weigert sich der Gläubiger, die vom Übernehmer an ihn gerichtete Offerte zu acceptieren, so hat der Übernehmer eben in anderer Weise dafür zu sorgen, daß der Urschuldner frei wird. In Ungelegenheiten kann der Übernehmer ja niemals kommen, er braucht ja nur einfach zu erfüllen, um den Urschuldner und damit sich selbst frei zu machen, Erfüllung aber muß der Gläubiger von jedem annehmen.

Ich werde nunmehr, in der Kritik des B.G.B. fortfahrend, zu zeigen versuchen, daß das B.G.B. vielen Mißhelligkeiten, welche die

[167]) So auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 90, 91; ferner Crome ibid. S. 351 Anm. 11.

Gesetzestheorie mit sich bringen muß, bei Zugrundelegung der allerneuesten Theorie hätte aus dem Wege gehen können. Der v. Blumeschen Theorie[168]) gebührt vor allem das Lob, weit naturgemäßer, einfacher und klarer zu sein als die Theorie des B.G.B. Der mißliche Schwebezustand, der bei der Theorie des B.G.B. eintritt, ist hier in Wegfall gekommen. Allein das will ich nicht einmal so hoch anschlagen, denn die Kontrahenten wissen ja hier auch nicht gleich von vornherein, ob ihre Offerte vom Gläubiger acceptiert werden wird; aber immerhin ist zu betonen, daß ein juristischer Schwebezustand nicht besteht, vielmehr die Parteien nur faktisch noch im ungewissen sind. Unsere Theorie verteilt auch die obligatorische und dingliche Wirkung säuberlich auf zwei getrennte Verträge und legt nicht, wie die Theorie des B.G.B., die beiden Wirkungen in einen Vertrag hinein. Im Falle der Verweigerung der Genehmigung tritt bei der Gesetzestheorie der immerhin wenig natürliche Zustand ein, daß der eine Teil des Vertrages wirkungslos wird, während der andere Teil jetzt erst recht in Funktion tritt, bei unserer Theorie kommt lediglich der durch die Offerierung versuchte Abschluß des dinglichen Vertrages nicht zustande, der obligatorische Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer bleibt aber in voller Wirksamkeit. Wie wir sehen, erledigt sich bei uns alles auf viel einfachere und natürlichere Weise. Vielfach macht man unserer Theorie zum Vorwurf, daß sie dadurch den Parteiintentionen zuwiderlaufe, daß die Acceptation der Offerte durch den Gläubiger nicht wie die Genehmigung rückwirkende Kraft habe[169]). Allein jeder Mensch muß doch wissen und weiß es auch, daß er von seiner Schuld erst dann frei werden kann, wenn sein Gläubiger mit diesem Freiwerden einverstanden ist. Wenn er nun die Übernahme gerne auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen sehen möchte, so kann er es ja einfach im Vertrag mit dem Gläubiger ausmachen[170]). Die sog. „Mitteilung", in welcher wir bei der Theorie des B.G.B. einen Bruch der Rechtskonsequenz

---

[168]) Es sei mir verstattet, die Theorie, obwohl sie anscheinend von Seuffert begründet ist, doch nach v. Blume zu benennen, weil dieser Schriftsteller der „Hauptträger des in ihr liegenden Gedankens" ist. Vergl. dazu auch die Bemerkung bei Schurter S. 331.

[169]) So z. B. Hölder, Komment. zum B.G.B. Bd. 2, 1. S. 401, Schollmeyer S. 401.

[170]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 291, 292.

erblicken mußten, präsentiert sich uns bei unserer Theorie als Offerte[171]). Damit ist auch für uns das Rätsel gelöst, weshalb nach Abschluß des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer noch erst eine besondere formelle „Mitteilung" des erfolgten Vertragsabschluß es an den Gläubiger ergehen muß, bevor dieser wirksam genehmigen kann, und weshalb diese „Mitteilung" nur von den Kontrahenten ausgehen kann. Wir haben bereits früher gesehen, daß die Mitteilung eigentlich mehr als eine bloße Benachrichtigung ist und wir haben das vom Standpunkt der Gesetzestheorie aus für sehr sonderbar finden müssen. Unsere Theorie nimmt uns auch hier den Schleier von den Augen: die „Mitteilung" ist eben keine Mitteilung, sondern eine regelrechte Offerte[172]). Damit ist alles gesagt und erklärt. Sehr richtig bemerkt in dieser Beziehung auch Schurter[173]), welcher ebenfalls die Gesetzestheorie ablehnt, daß die Kundgebung der Parteien an den Gläubiger als eine bloße Mitteilung vom Abschluß des Übernahmevertrags nicht aufgefaßt werden könne, da die Tatsache, daß die Parteien einen Schuldnerwechsel vereinbart hätten, dem Gläubiger gegenüber absolut wirkungslos und deshalb für ihn durchaus gleichgültig sei. Die vielen Mißhelligkeiten, in welche der Gläubiger bei der Theorie des B.G.B. dadurch geraten kann, daß die Kontrahenten den Vertrag vor der Genehmigung des Gläubigers wieder aufheben können, sind bei unserer Theorie alle vermieden; die Parteien können ruhig ihren Vertrag wieder aufheben, die Offerte bindet trotzdem den Offerenten. Damit ist hier das erreicht, was wir dort nur als wünschenswert hinstellten, nämlich daß die Parteien vom Moment der erfolgten Mitteilung an dem Gläubiger gegenüber gebunden sein sollen. So lange die Offerte noch nicht gemacht ist, sind die Parteien noch völlig frei. Ist aber die Offerte einmal an den Gläubiger gerichtet, so können die Parteien dem Gläubiger gegenüber nicht mehr zurück. Inter partes können sie ja den Vertrag noch immer aufheben. Der Gläubiger ist aber jedenfalls geschützt. Während wir also die Entdeckung der Tatsache, daß die „Mitteilung" ihrer wahren Natur nach eine Offerte ist, als die große

[171]) So mit aller Bestimmtheit v. Blume ibid. Bd. 40 S. 122.

[172]) Vergl. dazu auch die treffenden Bemerkungen, welche v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 401 (oben), 414 ff. über die erst nach erfolgter „Mitteilung" zulässige „Genehmigung" des B.G.B. macht.

[173]) Schurter S. 386.

Lösung des Rätsels preisen, polemisiert z. B. Crome[174]) gegen unsere Theorie gerade in erster Linie auf Grund der Erwägung, daß unsere Offerte eine Kollektivofferte sei, das Gesetz aber keine Kollektivofferten kenne und wo es überhaupt Offerten gebe, diese bindend seien. Die Offerte, hier also die „Mitteilung", bindet den Offerenten. Darin hat Crome zweifellos recht. Allein Crome übersieht, daß es ja, wie wir soeben dargetan zu haben glauben, gerade ein schwerwiegender Vorzug unserer Theorie gegenüber der des B.G.B. ist, daß die Parteien nicht erst wie im B.G.B. von der erfolgten Genehmigung des Gläubigers, sondern schon von der erfolgten Mitteilung (Offerte) an gebunden sind, mit anderen Worten, daß die Offerte den Offerenten bindet. Damit der Zustand der Ungewißheit darüber, ob der Gläubiger die Offerte acceptieren wird oder nicht, nicht allzulange dauert, können ja auch hier die Parteien eine Frist setzen, innerhalb welcher die Acceptation der Offerte durch den Gläubiger erfolgen muß.

Bei der Gesetzestheorie steht auch die Genehmigung des Gläubigers in allzu großer Abhängigkeit von dem zugrundeliegenden Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer und daraus können gar leicht Unannehmlichkeiten für den Gläubiger resultieren, da er ja über den Vertrag nichts Sicheres wissen kann. Unsere „Offerte" ist viel unabhängiger von dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer und wird daher auch viel mehr den Interessen des Gläubigers gerecht. Sodann läßt sich auch die abstrakte Natur der Schuldübernahme aus der Verfügungstheorie entweder gar nicht oder nur sehr schwer erklären, während sie aus unserer Theorie ohne weiteres mit zwingender Notwendigkeit folgt. Bei der Verfügungstheorie[175]) haben wir es eben nur mit einem einzigen der Genehmigung des Gläubigers bedürfenden Vertrag zu tun, bei unserer Theorie dagegen mit zwei vollständig voneinander getrennten Verträgen.

Man könnte vielleicht gegen unsere Theorie den Einwand erheben[176]), daß ja nur der Übernehmer, nicht aber auch der Urschuldner an den Gläubiger die Offerte richten kann und es läge

[174]) Crome ibid. S. 352 Anm. 21.

[175]) Vergl. dazu auch die vorzüglichen Bemerkungen Schurters S. 335 ff. 341 ff., welcher die Fähigkeit, die abstrakte Natur aus sich heraus zu erklären, allein für unsere Theorie vindiziert.

[176]) So z. B. Crome ibid. S. 352 Anm. 21, Rosbund ibid. S. 31.

doch sicherlich in den Intentionen der Parteien, daß beide Kontrahenten die Befugnis zur Offerierung haben sollen. Darauf ist folgendes zu erwidern: Im Verhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer spielt der Übernehmer die Hauptrolle. Es ist daher auch ganz naturgemäß, daß er als der künftig Verpflichtete sich mit dem Gläubiger über die Herbeiführung seiner Verpflichtung ins Benehmen setzt. Bei der Gesetzestheorie richtet jeder die „Mitteilung" im eigenen Namen an den Gläubiger. Es dürfte eigentlich naturgemäßer sein, daß derjenige, welcher verpflichtet werden soll, auch Offerent ist oder, wenn ein anderer offeriert, dieser wenigstens nur in seinem Namen offerieren kann. Was wäre denn nun ungeheuerliches an der Annahme, daß der Übernehmer den Urschuldner des Interesses wegen, das der Urschuldner an dem Zustandekommen der Übernahme seinerseits hat, dazu ermächtigt, die Offerte in seinem Namen an den Gläubiger zu richten [177]). Ich trage kein Bedenken, in dem Vertragsschluß zugleich die stillschweigende Erteilung einer solchen Vollmacht zu erblicken, ja ich gehe sogar so weit, daß ich sage, es werde eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt [178]). Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht wird dringend vom Interesse des Urschuldners gefordert, da ja sonst der Urschuldner keine rechte Handhabe gegen den Übernehmer hätte. Am besten wäre es, wenn das Gesetz dem Urschuldner eine solche Vollmacht erteilte. Dann könnte der Übernehmer dem Urschuldner die Vollmacht nicht wieder entziehen. Aus der bloßen Vertreterfunktion läßt sich auch die Pflicht des Urschuldners dem Übernehmer von dem Verhalten des Gläubigers der Offerte gegenüber Mitteilung zu machen, zwanglos rechtfertigen [179]). Ebenso wie der Urschuldner zur Abgabe der Offerte ermächtigt ist, dürfte er auch zur Entgegennahme der Acceptationserklärung des Gläubigers legitimiert sein. Wir sehen also, daß unsere Theorie allen Bedürfnissen, denen die Gesetzestheorie gerecht wird, auch in vollem Maße Genüge tut. Auch das ist ein unbestreitbarer Vorteil unserer Theorie gegenüber derjenigen des B.G.B., daß, wenn der

---

[177]) So auch v. Blume ibid. Bd. 40 S. 122, Seuffert ibid. S. 44, Hellwig S. 161, 162, im Gegensatz zu Regelsberger, welcher eine solche Ermächtigung für ausgeschlossen hält.

[178]) Vergl. dazu die Ausführungen Schurters S. 334, welcher die im Text vertretene Auffassung mit gewissen Modifikationen auch annehmen will.

[179]) Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte S. 162.

Gläubiger zuerst die Genehmigung verweigert hat, nachher sich aber anders besinnt, nicht wie dort erst wieder beide Kontrahenten in Aktion treten müssen, sondern, daß der eine Kontrahent allein für sich die Offerte machen und dadurch die Schuldübernahme herbeiführen kann. Durch die Ablehnung der Offerte ist eben nur die Offerte als solche hinfällig geworden, nicht aber auch die Ermächtigung des Urschuldners zur Offerierung.

Ich glaube damit den wissenschaftlichen und praktischen Mehrwert unserer Theorie gegenüber der Gesetzestheorie zur Genüge dargetan zu haben. Wir haben aus der Gegenüberstellung der beiden Konstruktionsarten den Eindruck gewonnen, daß die neueste Theorie entschieden den Vorzug vor ihrer älteren Nebenbuhlerin verdient[180]). Gehen wir nunmehr weiter und legen wir uns die Frage vor, welche Schulden überhaupt übernommen werden können[181]). Es ist vor allem zu bemerken, daß das Gesetz davon Abstand genommen hat, für die Schuldübernahme eine dem § 399 B.G.B. entsprechende Bestimmung aufzustellen. Das Gesetz hüllt sich in dieser Beziehung in tiefes Schweigen und überläßt alles der Wissenschaft und Praxis. Im allgemeinen sind alle Schulden übertragbar. Für übertragbar dürften, wie ich meine, auch solche Schulden zu erachten sein, die eng an die Individualität des Schuldners geknüpft sind, sofern sie nur überhaupt noch vermögensrechtlicher Natur sind[182]). So würde ich es z. B. für möglich halten, daß ein Maler mit streng ausgesprochener Individualität seine Verpflichtung, ein Gemälde herzustellen, auf einen anderen übertragen kann. Ideell ist die Schuld ja dieselbe geblieben, selbst wenn der neue Schuldner, weil er einer ganz anderen Stilrichtung angehört, auch ein ganz anders gehaltenes Gemälde liefert wie der alte. Das Gesetz konnte von einer Ein-

---

[180]) Die Theorie des B.G.B. wird hauptsächlich vertreten von Gürgens, Windscheid, Regelsberger (Zivil. Archiv Bd. 67 S. 24 ff. und bayer. Hyp.R. S. 445), Unger (Schuldübernahme S. 12 ff.), Oertmann, Matthias, Enneccerus-Lehmann, Crome, Heilfron, Schollmeyer mit gewissen Modifikationen auch von Jakubezky ibid. zu § 315 Entw. 1 S. 69, 101—104.

[181]) Wegen der Schuldübernahme bei rechtshängigen Forderungen vergl. Schollmeyer S. 397 und wegen der Übernahme zukünftiger und bedingter Schulden vergl. Herz S. 57 ff.

[182]) So auch Staudinger, Komment. z. B.G.B. Bd. 2 S. 148, Schollmeyer ibid. S. 395, anders z. B. Matthias ibid. S. 467, Kuhlenbeck B.G.B. B. 1 S. 289, Koeltz S. 28, Krettner S. 32.

schränkung der Übertragbarkeit der Schuldner um so mehr absehen, als hier ja nicht wie bei der Cession der Gefahr einer Interessenverletzung zu begegnen ist. Gläubiger und Übernehmer müssen ja so wie so, wenn der Übergang stattfinden soll, damit einverstanden sein. Wenn das Gesetz die Übertragung einer Forderung auf einen neuen Gläubiger für den Fall ausschließt, daß dadurch ihr Inhalt verändert würde, so fühlt sich das Gesetz zu dieser Einschränkung nur aus Rücksichtnahme auf den Schuldner verpflichtet. Da nun hier aber niemandes Interesse eine Einbuße erleidet, sofern der davon Betroffene mit dieser Einbuße nicht einverstanden ist, so wäre es gar nicht abzusehen, weshalb das Gesetz die Übertragung von Schulden nicht freigeben sollte. Verpflichtungen familienrechtlicher Natur können selbstverständlich nicht übertragen werden. So ist es z. B. nicht möglich, daß ein Vater die Verpflichtung, für die Erziehung seiner Kinder zu sorgen, auf einen anderen, vielleicht wildfremden Menschen, so überträgt, daß er dieser Verpflichtung gänzlich ledig wird. Oertmann meint mit Recht[183]), daß Strafgelder ihres Zweckes wegen nur von dem Bestraften bezahlt werden dürften. Man dürfte sich wohl aus den gleichen Erwägungen auch gegen die Zulässigkeit der Übernahme solcher Strafgelderschulden aussprechen. Eine Vereinbarung zwischen Urschuldner und Gläubiger, daß eine Schuld nicht übertragen werden dürfe, hat für den Schuldner nur obligatorische, niemals aber dingliche Wirkung[184]).

Die Frage nach der Möglichkeit einer Schuldübernahme bei sog. Naturalobligationen läßt sich, wie Herz S. 57 richtig ausführt, in Anbetracht des Umstandes, daß der Ausdruck „Naturalobligation" ein Sammelname für rechtlich ganz verschieden zu charakterisierende Schuldverhältnisse ist, nicht einheitlich beantworten. So dürften z. B. Spiel- und Differenzschulden, ferner die Schuld des § 656 B.G.B.,

---

[183]) Oertmann Komment. z. B.G.B. (Obligationenrecht) § 267 Anm. Vergl. dazu auch Matthias ibid. S. 467, welcher zutreffend meint, daß Schulden auf „Genugtuung" nicht übernommen werden können.

[184]) Anderer Meinung ist Herz S. 60, welcher z. B. auch die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums nicht vom Eigentümer auf den Nichteigentümer übergehen lassen will, da eine solche Verpflichtung nur der Eigentümer erfüllen könne. Allein ebensogut wie der Nichteigentümer eine solche Verpflichtung von vornherein eingehen kann, ebensogut kann er sie auch nachträglich übernehmen.

weil durch sie überhaupt keine Verbindlichkeit begründet wird, nicht übernahmefähig sein, während z. B. verjährte Schulden, weil sie sich eben als regelrechte, nur mit einer Einrede behaftete Verbindlichkeiten darstellen, sehr wohl übernommen werden können.

Betrachten wir nunmehr die Wirkungen, welche die vollzogene Schuldübernahme äußert. Die Schuld geht grundsätzlich genau in dem Bestande, in welchem sie sich beim Urschuldner vorfindet, auf den Übernehmer über. Die Schuld des Übernehmers ist also formell und materiell genau dieselbe, wie die Schuld des Urschuldners, das Rechtsverhältnis hat nur seinen Schuldner gewechselt, im übrigen aber sich volle Identität und Integrität gewahrt. Machen wir uns nunmehr einige Wirkungen dieses Satzes klar.

Ist die Forderung dem Urschuldner gegenüber bedingt oder befristet, so ist sie es auch dem Übernehmer gegenüber. Eine dem Urschuldner gegenüber verjährte Forderung ist auch gegenüber dem Übernehmer verjährt. Zwar hat der Gläubiger die Forderung gegen den Übernehmer erst jetzt erlangt, aber es handelt sich bei der Schuldübernahme ja nicht um eine neue Forderung, sondern um die alte. Wenn der Schuldner in der Obligation nur für diligentia in concreto haftet, steht dann der Übernehmer nur für diejenige Sorgfalt ein, die der Urschuldner anzuwenden pflegt, oder haftet er nur für die Sorgfalt, die er selbst anzuwenden pflegt? Ich glaube der Übernehmer haftet nur für diejenige Sorgfalt, die er selbst anzuwenden pflegt. Der Gläubiger kann sich ja vor Erteilung der Genehmigung über die Zuverlässigkeit des Schuldübernehmers erkundigen.

Ist der Urschuldner im Verzug, so treten die Folgen des Verzugs auch gegen den Übernehmer ein. Wenn ein Schenker seine Schuld überträgt, erlischt dann die Verbindlichkeit des Übernehmers mit seinem oder mit des Urschuldners Tode? (§ 520 B.G.B.). Ich glaube, der Übernehmer haftet nur bis zum Tode des Urschuldners. Der Übernehmer eines Schenkungsversprechens ist, wie ich meine, von der Entrichtung von Verzugszinsen frei. Schwierigkeiten kann der Fall bereiten, daß ein Schenker seine Verpflichtung auf einen anderen überträgt und der Beschenkte nach vollzogener Schuldübertragung sich einer Verfehlung nach § 530 B.G.B. gegen den Urschuldner schuldig macht. Der Übernehmer steht zum Gläubiger größtenteils keineswegs im Verhältnis eines Schenkers. Er übernimmt eben die Schuld des Urschuldners nicht, um dem Gläubiger

zu schenken, sondern meistens nur gegen Entschädigung durch den Urschuldner. Der Urschuldner dagegen bleibt trotz Übergang der Schenkungsschuld materiell dem Gläubiger gegenüber der Schenker. Es wäre daher sehr unbillig, wenn man den Urschuldner, den wahren Schenker, gegen Undankbarkeiten des Gläubigers, des Beschenkten, nicht in Schutz nehmen wollte. Der Übernehmer, der weder dem Gläubiger noch dem Urschuldner durch die Schuldübernahme schenken will, kann und muß, wie ich meine, im Falle des § 530 B.G.B. das übernommene Schenkungsversprechen widerrufen, wenn der Urschuldner bei ihm darauf anträgt.

Wir kommen nunmehr zu den mit der Hauptschuld verbundenen Nebenverpflichtungen (Zinsen, Kosten, Schadenersatz, Konventionalstrafe ꝛc.). Gehen diese Nebenverpflichtungen ohne weiteres mit der Hauptschuld über oder verbleiben sie beim Urschuldner oder gehen sie nur dann über, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist? Wird eine verzinsliche Schuld übertragen, so haftet der Übernehmer dieser Schuld für die vom Moment des Schuldüberganges an fällig werdenden Zinsen ohne weiteres, sofern die Parteien nichts entgegenstehendes vereinbart haben. Man kann den Schuldübernehmer, wie ich meine, ohne Bedenken für diese Zinsen haften lassen, gleichgültig, ob er von der Zinsverpflichtung etwas gewußt hat oder nicht. Der Übernehmer soll sich eben vorher danach erkundigen, ob mit der Schuld, die er übernehmen will, eine Zinsverpflichtung verbunden ist oder nicht. Diese Erkundigungspflicht kann man dem Ubernehmer, ohne unbillig gegen ihn zu sein, wohl zumuten. Anderer Ansicht ist Gürgens[185]). Dagegen haftet der Übernehmer für die bis zu diesem Moment aufgelaufenen Zinsen nicht ohne weiteres, sondern nur dann, wenn er diese Haftung ausdrücklich mit übernommen hat[186]). Die rückständige Zinsschuld ist eben mehr zu einer selbständigen Schuld geworden und daß längst fällig gewesene Zinsen noch nicht bezahlt sind, kann der Übernehmer nicht wissen.

Für eine mit der Hauptschuld verbundene Konventionalstrafe sowie für sonstige Nebenverpflichtungen kann man den Übernehmer der Hauptschuld nur haften lassen, wenn er die Haftung für die

[185]) Gürgens ibid S. 290.

[186]) So auch Schurter S. 338, Unger S. 30, Menzel S. 679, Münster S. 70, Krettner S. 21.

Vertragsstrafe ꝛc. ausdrücklich mit übernommen hat. Daß man dem Übernehmer zumutet, sich darum zu kümmern, ob eine Schuld verzinslich ist oder nicht, ob er also für die Zukunft Zinsen zu zahlen hat oder nicht, scheint mir nicht zu weit gegangen, dagegen dürfte man es als Härte gegen den Übernehmer betrachten, wenn man ihm eine solche Erkundigungspflicht auch rücksichtlich der anderen Nebenverpflichtungen aufladen wollte. Bisweilen findet sich in Verträgen die Klausel, der Schuldner solle leisten, wenn es ihm seine finanziellen Verhältnisse erlaubten. Wenn nun eine solche Schuld übernommen wird, haftet dann der Übernehmer schlechthin, oder haftet er, wenn es ihm seine eigenen Verhältnisse erlauben oder dann, wenn es die Verhältnisse des Urschuldners erlauben? Es ist hier zu unterscheiden, ob die Schuldübernahme entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt. Im Falle der Unentgeltlichkeit der Schuldübernahme haftet der Übernehmer schlechthin, denn durch die Klausel sollte ja wohl nur auf denjenigen Schuldner Rücksicht genommen werden, zu dessen Gunsten die Klausel eingefügt ist, nicht aber auf jeden beliebigen Schuldsuccessor, der im Laufe der Zeit in die Schuld einrücken kann. Im Falle der Entgeltlichkeit der Schuldübernahme dagegen haftet der Übernehmer nur insoweit, als es die Verhältnisse des Urschuldners gestatten. Wollte man ihn hier schlechthin haften lassen, so würde ja des Regresses wegen, den der Übernehmer gegen den Urschuldner nimmt, auch der Urschuldner so haften müssen und das soll ja durch die Klausel vermieden werden.

Wir treten nunmehr in die Betrachtung eines recht schwierigen Kapitels ein. Wir wollen nämlich untersuchen, welche Einwendungen der Übernehmer dem Gläubiger entgegensetzen kann. In erster Linie ist da zu bemerken, daß in der Schuldübernahme als solcher keine vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens der Schuld liegt, der Schuldübernehmer wird vielmehr nur dann und nur insoweit dem Gläubiger verpflichtet als der Schuldner zur Zeit der Übernahme verpflichtet war[187]). In der Schuldübernahme als solcher liegt auch kein Verzicht des Übernehmers auf die alten Einwendungen. Natürlich kann ein solcher Verzicht unter Umständen darin gefunden werden. Sehen wir nunmehr zu, welche Einwendungen der Über-

[187]) Planck, Komment. z. B.G.B. Obligationenrecht S. 204 und Kuhlenbeck B.G.B. Bd. 1 S. 293.

nehmer dem Gläubiger entgegensetzen kann. Es ergeben sich da vier verschiedene Gruppen von Einwendungen.

1. Der Übernehmer kann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Schuldübernahme selbst betreffen. Ist der Übernahmevertrag aus irgendeinem Grunde nichtig ohne Unterschied, ob er nach § 414 oder § 415 B.G.B. abgeschlossen ist, so erlangt der Gläubiger keine Rechte gegen den Übernehmer. Der Übernehmer kann die Nichtigkeit einredeweise geltend machen. Ist der Übernahmevertrag anfechtbar und vom Übernehmer wirksam angefochten, so steht der Übernahmevertrag einem von vornherein nichtigen völlig gleich. Die Anfechtung muß, je nachdem der Vertrag nach § 414 oder § 415 B.G.B. abgeschlossen ist, dem Gläubiger oder dem Urschuldner gegenüber erfolgen.

2. Der Übernehmer kann dem Gläubiger alle diejenigen Einwendungen entgegensetzen, welche ihm unmittelbar gegen den Gläubiger zustehen. Diese zerfallen wieder in zwei Gruppen, in solche, welche der Übernehmer aus seinem eigenen schon vor der Übernahme bestehenden Verhältnisse zum Gläubiger herleitet und in solche, die der Übernehmer erst infolge der Schuldübernahme erworben hat. Zu dieser Gruppe gehört die Aufrechnung mit einer dem Übernehmer gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung, die der Übernehmer schon vor der Übernahme hatte. Ferner gehört dahin das von Plank[188]) erwähnte Beispiel, wo der Übernehmer die Schuld durch Vertrag mit dem Gläubiger in der irrigen Annahme, diesem dazu verpflichtet zu sein, übernommen hat. In diesem Falle kann der Übernehmer nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung die Wiederaufhebung der Schuldübernahme vom Gläubiger verlangen. Der Gläubiger braucht diesem Verlangen aber nur Folge zu geben, wenn der Übernehmer dafür sorgt, daß der Gläubiger seinen alten Schuldner, der ja infolge der Schuldübernahme exneuiert worden ist, wieder erhält[189]). Ferner sind hierher die Fälle zu rechnen, wo der Übernehmer dem Gläubiger die Einwendung entgegenhält, daß die Schuld nach der Übernahme z. B. verjährt sei, daß der Gläubiger dem Übernehmer die Forderung gestundet habe, daß der Übernehmer erfüllt oder ein Erfüllungssurrogat gegeben habe, daß der Gläubiger ihm die Schuld erlassen habe, daß

[188]) Plank, Komment. z. B.G.B. Obligationenrecht S. 205

[189]) Schollmeyer S. 408.

der Gläubiger seine Forderung zediert habe, daß der Gläubiger zur Entgegennahme der Erfüllung nicht genügend legitimiert sei, weil in der Gläubigerrolle mehrere Personen stehen u. s. w.

3. Der Übernehmer kann dem Gläubiger auch diejenigen Einwendungen entgegensetzen, welche der Urschuldner dem Gläubiger entgegenhalten konnte. Diese Regel ist einfach der logische Ausfluß des Prinzips der Succession. Einwendungen, die schon vor dem Moment des Vertragsschlusses fertig vorhanden oder wenigstens begründet waren, kann der Übernehmer selbstredend entgegensetzen. Nach erfolgter Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger können Einwendungen in der Person des Urschuldners überhaupt nicht mehr zur Entstehung gelangen, da der Urschuldner ja nicht mehr in der Passivseite der Obligation steht. Es frägt sich nur, wie es mit den Einwendungen steht, welche in der Zwischenzeit, nämlich in der Zeit nach erfolgten Vertragsschluß aber vor erfolgter Genehmigung des Gläubigers entstanden sind. Dernburg[190]) meint, der Übernehmer könne diese Einwendungen dem Gläubiger entgegensetzen. Mit den Grundsätzen der strengen Rechtslogik läßt sich diese Meinung nicht wohl in Einklang bringen. Die Genehmigung des Gläubigers wirkt auf den Moment des Vertragsabschlusses zurück, von diesem Moment an ist der Übernehmer Schuldner, der Urschuldner aus der Obligation ausgeschieden. Es ist ganz klar, daß von dem Zeitpunkt ab, wo der Urschuldner gar nicht mehr in der Obligation drinsteht, auch keine Einwendungen in seiner Person mehr entstehen können. Man käme also zu dem Resultat, dem Übernehmer diese Einwendungen zu versagen. Allein was soll denn mit den fraglichen Einwendungen geschehen? Soll der Gläubiger vielleicht in dieser Beziehung den Vorteil aus der Schuldübernahme ziehen? Es dürfte wohl in den Intentionen einer vernünftigen Gesetzgebung liegen, dem Übernehmer trotz alledem die Einwendungen zu gewähren. Verzichtet der Urschuldner vor Abschluß des Übernahmevertrags auf eine Einwendung, so verliert der Übernehmer dieselbe natürlich. Nach der Genehmigung des Gläubigers kann der Urschuldner nicht mehr gültig verzichten. Schwierigkeiten bietet auch hier der Fall, daß der Urschuldner wie eben in der Zwischenzeit auf eine Einrede verzichtet. Hier möchte ich im Gegensatz zu vorhin das Prinzip der Rückwirkung zur strengen

[190]) Dernburg, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts.

Durchführung kommen und den Übernehmer die Einrede nicht verlieren lassen. Fassen wir nunmehr einige Beispiele ins Auge: Ist die übernommene Schuld von vornherein nichtig oder ist sie gültig, aber bereits vor dem Vertragsschluß wieder untergegangen, so kann der Übernehmer dies dem Gläubiger entgegenhalten. Es handelt sich hier, um mit v. Blume[191]) zu sprechen, um eine rechtsvernichtende Einrede. Solche Einreden gibt auch dieser Schriftsteller dem Übernehmer unbedingt. In unserem Falle hier ist eine Schuld nicht vorhanden und deshalb die Übernahme der Schuld als solche ebenfalls nichtig. Trotzdem gehört diese Einwendung nicht zu den unter 1 genannten, nämlich zu denjenigen, welche die Gültigkeit der Schuldübernahme selbst betreffen. Dort kann die Schuld sehr wohl beim Urschuldner zu Recht bestehen, nur die Übernahme ist nichtig, hier dagegen ist die Schuld als solche schon beim Urschuldner nicht vorhanden. Hier macht der Übernehmer eine bereits dem Urschuldner zustehende Einwendung geltend, dort dagegen macht er eine Einwendung geltend, die dem Urschuldner noch nicht zustand. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn jemand eine anfechtbare, aber wegen Unkenntnis des Anfechtungsgrundes noch nicht angefochtene Schuld auf einen anderen überträgt und der Gläubiger genehmigt. Nach strengen Rechtsgrundsätzen müßte man sagen, der Urschuldner kann nicht mehr anfechten, da er ja gar nicht mehr Schuldner ist, der Übernehmer kann aber auch nicht anfechten, da ja in seiner Person der Anfechtungsgrund nicht vorliegt[192]). Allein soll vielleicht der Gläubiger aus der Schuldübernahme den Vorteil ziehen. v. Blume[193]) bezeichnet eine solche Einrede des Übernehmers als rechtsverfolgende Einrede und will bei schlechthin einseitigen Obligationen die Einrede dem Übernehmer gewähren, bei zweiseitigen Obligationen dagegen soll der Übernehmer das Anfechtungsrecht nur erhalten, wenn der Urschuldner damit einverstanden ist. Dieser Ansicht v. Blumes dürfte in allen Punkten zuzustimmen sein. Bei einseitigen Obligationen hat der Übernehmer das Anfechtungsrecht schlechthin, bei zweiseitigen Obligationen dagegen nur, wenn der Urschuldner damit einverstanden

---

[191]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 122.

[192]) Vergl. dazu Crome ibid. S. 359, welcher dem Übernehmer ein dem Verschuldner zustehendes Anfechtungsrecht schlechthin versagen will.

[193]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 122, 123 ff., vergl. dazu auch die zustimmenden Bemerkungen bei Schurter S. 389.

ist. Könnte der Übernehmer auch bei zweiseitigen Obligationen schlechthin anfechten, so würde er dadurch in empfindlicher Weise in die Rechte des Urschuldners eingreifen, denn wenn der Übernehmer anficht, verliert der Urschuldner auch seine Gläubigerstellung.

Wie steht es mit den übrigen rechtsverfolgenden Einreden, deren v. Blume[194]) Erwähnung tut? Betrachten wir zunächst die exceptio non adimpleti contractus. Ein Käufer hat seine Schuld aus dem Kauf auf einen anderen übertragen. Der Verkäufer hat seinerseits noch nicht geleistet, da verlangt der Gläubiger vom Übernehmer den übernommenen Kaufpreis. Kann sich der Übernehmer auf die dem Urschuldner zustehende exceptio berufen oder muß er schlechthin leisten. Zweifellos steht dem Übernehmer die Einrede zu. Darüber sind sich auch alle einig. Der Urschuldner kann die Einrede nicht mehr haben, denn er ist nicht mehr Schuldner, und da die Einrede doch nicht verloren gehen soll, muß sie der Übernehmer haben. Es frägt sich nur, ob der Übernehmer die Einrede selbständig und ohne Rücksicht auf den Willen des Urschuldners geltend machen kann. v. Blume[194]) glaubt dies verneinen zu müssen, weil sonst der Übernehmer in die Rechte des Urschuldners eingreifen würde. Es sind ja Fälle denkbar, wo der Übernehmer durch Geltendmachung der Einrede die Pläne des Urschuldners durchkreuzen kann, man denke z. B. daran, daß der Urschuldner, um mit dem Gläubiger in Geschäftsverbindung zu bleiben, von der Erfüllung Zug um Zug gerne abgesehen hätte. Wollte man da dem Übernehmer das Recht einräumen, ohne Rücksicht auf den Willen des Urschuldners die Einrede geltend zu machen, so könnte dadurch der Urschuldner allerdings in seinen Interessen verletzt werden. Für solche Fälle wäre es in der Tat gut, wenn der Übernehmer bei Geltendmachung der exceptio an die Zustimmung des Urschuldners gebunden wäre. Der Urschuldner wird in dem Umstand, daß der Übernehmer die exceptio ohne seine Zustimmung soll geltend machen können, am meisten dann eine Härte empfinden, wenn er z. B. wider Willen nach § 414 B.G.B. seine Schuld verloren hat. Allein in der Mehrzahl der Fälle wird der Übernehmer durch Berufung auf die Einrede den Interessen des Urschuldners nicht entgegenarbeiten und es dürfte daher unzweckmäßig sein, einer vereinzelten Möglichkeit wegen den Übernehmer bei Geltend-

[194]) v. Blume, Novation ꝛc.

machung der exceptio an die Zustimmung des Urschuldners binden zu wollen. Eine Schädigung des Urschuldners könnte allenfalls dann eintreten, wenn der Übernehmer die exceptio nicht geltend machen, sondern schlechthin leisten würde, weil dadurch die Repressivmaßregeln, durch die der Gläubiger seinerseits zur Leistung gezwungen werden soll, für den Urschuldner verloren gingen.

Bisweilen macht der Gläubiger mit seinem Schuldner aus, daß er, solange der gegenwärtige Schuldner in der Passivseite der Obligation stehe, seine Forderung nicht geltend machen wolle (pactum de non petendo in personam). Wird eine solche Schuld von einem anderen übernommen, so kann sich der Übernehmer auf diese Abmachung nicht berufen, der Übernehmer muß vielmehr schlechthin leisten, denn diese exceptio ist höchst persönlich und unübertragbar. Hat der Gläubiger dagegen mit seinem Schuldner abgemacht, daß er, solange er sich in der Gläubigerrolle befindet, die Forderung nicht geltend machen wolle, so kann der Übernehmer einer solchen Schuld dies dem Gläubiger natürlich entgegenhalten.

Wie haben wir es mit dem beneficium competentiae zu halten? Der gewöhnliche Grund, weshalb dem Schuldner eine Kompetenzeinrede gewährt wird, beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß der Gläubiger nicht auf Kosten des Notbedarfs nahestehender Personen befriedigt werden soll. Das Kompetenzrecht hat also seinen Grund in einem rein persönlichen Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Bezüglich der Frage, wie man es mit dem beneficium competentiae zu halten hat, ist mit v. Blume[195]) eine Unterscheidung zu machen: Setzt sich das persönliche Verhältnis, von dem wir eben sprachen, in der Person des Schuldnachfolgers fort, dann hat der Übernehmer selbstredend die Kompetenzeinrede, steht der Übernehmer aber nicht in einem solchen Verhältnis zum Gläubiger, so erlischt das beneficium. Es ist nun aber ganz klar, daß im ersten Fall die Fortwirkung der Einrede keineswegs eine Folge der Succession in die Schuld ist, denn sonst müßte die Kompetenzeinrede jedem Übernehmer ohne Rücksicht auf dessen persönliches Verhältnis zum Gläubiger zustehen, sondern, daß die Fortdauer der Einrede vielmehr lediglich auf den persönlichen Beziehungen zwischen Übernehmer und Gläubiger beruht. Aber selbst im zweiten von uns erwähnten Falle möchte ich mit

[195]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 124, 125 ff.

v. Blume dem Übernehmer die Kompetenzeinrede dann gewähren, wenn der Übernehmer für die Schuldübernahme vom Urschuldner Ersatz verlangen kann. Wollte man hier dem Übernehmer die exceptio versagen, so würde man den Urschuldner damit des Kompetenzrechtes berauben und den Willen des Gesetzgebers vereiteln. Es dürfte in einem solchen Falle also zweckmäßig sein, den Übernehmer nur auf dasjenige zu verurteilen, was der Urschuldner nach Abzug des Notbedarfs noch leisten kann.

Wir kommen nunmehr zu einer sehr wichtigen Einrede, nämlich zu der Kompensationseinrede. Es ist selbstverständlich und auch schon an anderer Stelle hervorgehoben worden, daß der Übernehmer mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen kann. Fraglich kann es nur sein, ob der Übernehmer auch mit einer Forderung des Urschuldners an den Gläubiger aufrechnen kann. Das Gesetz hat diese Frage ausdrücklich verneint und sich damit der in der Wissenschaft schon längst herrschenden Ansicht angeschlossen. An dieser Bestimmung dürfte auch wohl nichts auszusetzen sein. Durch eine Kompensationsbefugnis würde der Übernehmer tatsächlich auch in nicht zu rechtfertigender Weise in fremde Rechte eingreifen. Eine andere Frage ist die, ob der Übernehmer sich auf eine vom Urschuldner bereits vollzogene Aufrechnung berufen kann. Diese Frage ist entschieden zu bejahen, denn bis zur Höhe der Forderung ist die Schuld ja durch die Kompensation erloschen. Der Übernehmer macht in einem solchen Falle also nur die bereits dem Urschuldner zustehende Einrede des Schuldunterganges geltend. Für das von v. Blume[196]) auf S. 127 erwähnte beneficium inventarii ist hier kein Raum mehr, schon deshalb nicht, weil nach dem B.G.B. der Inventarerrichtung eine ganz andere Bedeutung zukommt wie nach dem römischen Rechte, welches v. Blume bei dieser Frage allein im Auge hatte.

4. Der Übernehmer kann gegen den Gläubiger kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift keine Einreden aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer herleiten. Die Schuldübernahme ist damit zum abstrakten Rechtsgeschäft gestempelt worden. Sie ist von ihrer causa losgelöst[197]).

[196]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 127.

[197]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 282 ff., 285, Unger S. 13, 14, Kipp, Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 362, 365, v. Blume, Novation ꝛc. S. 100,

Dieser Satz von der abstrakten Natur der Schuldübernahme gilt für beide Arten der Schuldübernahme sowohl für die des § 414 B.G.B. wie auch für diejenige des § 415 B.G.B. Der erste Entwurf hatte diese Folge nur für die Schuldübernahme des § 414 ausgesprochen. Machen wir uns auch hier wieder die Bedeutung und Tragweite dieses Satzes an einigen Beispielen klar.

Der Übernehmer ist in der irrtümlichen Meinung befangen, dem Urschuldner gegenüber zur Schuldübernahme verpflichtet zu sein und übernimmt in diesem Glauben die Schuld. Der Übernehmer kann sich dem Gläubiger gegenüber nicht auf diesen Irrtum berufen. Er muß vielmehr trotz des Irrtums dem Gläubiger leisten und kann nach erfolgter Leistung das Geleistete vom Gläubiger nicht nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, wenn er nachträglich von seinem Irrtum erfährt. Er hat ja im Verhältnis zum Gläubiger nicht ein indebitum geleistet. Dagegen ist es ihm unbenommen, vom Urschuldner das Geleistete zurückzufordern. Er kann zu diesem Zwecke, wenn er noch nicht geleistet hat, vom Urschuldner verlangen, daß dieser die Wiederaufhebung der Schuldübernahme bewerkstelligt, ist dies aber infolge Weigerung des Gläubigers unmöglich, so kann er verlangen, daß der Urschuldner ihn in anderer Weise frei macht, und hat der Übernehmer schon geleistet, so kann er das zu Unrecht Geleistete vom Urschuldner zurückfordern[198]).

Wenn der Übernehmer mit dem Urschuldner einen Vertrag abgeschlossen hat, worin er sich verpflichtet, die Schuld zu übernehmen, und dann seiner Verpflichtung nachgekommen ist, indem er die Schuld übernommen hat, so kann der Übernehmer dem Gläubiger hinterher nicht entgegenhalten, daß der Vertrag zwischen ihm und dem Urschuldner nichtig oder angefochten sei, er muß vielmehr dem Gläubiger leisten und kann sich nur an den Urschuldner halten.

Es ist an dieser Stelle noch vor einer Verwechslung zu warnen, die einem leicht unterlaufen kann: Einwendungen aus dem Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer (§ 415 B.G.B.)

Matthias ibid. S. 468, Bendix S. 330, Regelsberger, Archiv für zivil. Praxis Bd. 67 S. 37, Krettner S. 49, Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. S. 175, Menzel S. 676, Schollmeyer S. 406, Schurter S. 389 spricht sich de lege ferenda gegen die abstrakte Natur der Schuldübernahme aus.

[198]) Vergl. dazu Gürgens ibid. S. 292, 293.

kann der Übernehmer dem Gläubiger selbstredend entgegensetzen, also z. B. die Einwendung, daß dieser Vertrag nichtig sei. Dieser Vertrag ist eben nach dem B.G.B. der Übernahmevertrag selbst und nicht das der Übernahme als causa zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

Wenn der Urschuldner dem Übernehmer eine Sache verkauft und der Übernehmer als Entgelt dafür eine Schuld des Urschuldners übernimmt, so kann der Übernehmer dem Gläubiger nicht entgegenhalten, daß der Urschuldner nachträglich den Kaufpreis reduziert oder ihm, dem Übernehmer, die Sache ganz geschenkt oder gewisse Erleichterungen in der Zahlung bewilligt habe. Alle diese Einwendungen sind dem Gläubiger gegenüber ausgeschlossen, der Übernehmer muß dem Gläubiger schlechthin aus der übernommenen Schuld leisten. Auch kann der Übernehmer dem Gläubiger nicht entgegenhalten, daß die vom Urschuldner gelieferte Sache mit Mängeln behaftet sei und er infolgedessen entweder wandele, also überhaupt nichts zahle, oder den Kaufpreis mindere, also die an den Gläubiger aus der übernommenen Schuld zu erbringende Leistung reduziere. Er muß vielmehr schlechthin die übernommene Schuld zahlen und kann sich nur an den Urschuldner halten.

Fassen wir zur Illustrierung des Satzes, daß der Übernehmer dem Gläubiger keine Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis entgegensetzen kann, noch einige Beispiele aus der Schenkung ins Auge:

Jemand übernimmt, um dem Urschuldner zu schenken, die Schuld desselben, macht aber dem Urschuldner dabei eine Auflage. Der Übernehmer vollzieht die Leistung an den Gläubiger, der Urschuldner bewirkt aber die Auflage nicht. Dann kann sich der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber nicht auf den § 527 B.G.B. berufen und vom Gläubiger die Herausgabe des Geleisteten verlangen. Er kann sich nur an den Urschuldner halten. Die erwähnte Einwendung beruht eben nicht auf der Schuldübernahme als solcher, sondern auf dem Rechtsverhältnis, welches der Schuldübernahme zugrunde liegt. Der Zweck und die Absicht, die man mit der Schuldübernahme verbindet (hier zu schenken), ist der Reflex der Beziehungen zwischen Urschuldner und Übernehmer, hat aber mit der eigentlichen Schuldübernahme gar nichts zu tun. Der Fall, den wir nunmehr betrachten wollen, soll sich von dem vorhergehenden nur darin unterscheiden, daß der Über-

nehmer dem Urschuldner keine Auflage macht, der Schenker aber nach vollzogener Schenkung in eine bedürftige Lebenslage kommt. Der Übernehmer kann hier keineswegs den Schutz des § 528 dem Gläubiger gegenüber in Anspruch nehmen und von ihm die Herausgabe des Geleisteten verlangen. Im Verhältnis zum Gläubiger ist der Übernehmer ja gar nicht Schenker, sondern nur im Verhältnis zum Urschuldner. Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Dürftigkeit des Schenkers kann aber doch nur im Verhältnis des Schenkers zum Beschenkten ihren Untergrund haben. Einwendungen, die aber auf diesem Verhältnis beruhen, kann der Übernehmer dem Gläubiger nicht entgegensetzen.

Ganz ähnlich liegt die Sache in folgendem Fall: Der Neuschuldner übernimmt, ebenfalls um dem Urschuldner zu schenken, eine Schuld des Urschuldners und dieser macht sich eines groben Undanks gegen den Übernehmer schuldig. Der Neuschuldner kann nun dem Gläubiger gegenüber nicht die Leistung widerrufen, er kann sich vielmehr nur an den Urschuldner halten. Die Begründung dieser Entscheidung deckt sich vollkommen mit derjenigen der vorhergehenden Fälle.

Zum Schlusse wollen wir uns noch einen Fall, der sehr oft im Leben vorkommen kann, vor Augen führen. Greifen wir wieder auf das oben erwähnte Kaufbeispiel zurück. Der Übernehmer wird vom Gläubiger zur Zahlung aufgefordert, der Urschuldner hat aber seinerseits an den Übernehmer entweder überhaupt noch nicht oder nicht in gehöriger Weise geleistet. Kann da der Übernehmer dem Gläubiger die exceptio non adimpleti oder non rite adimpleti contractus entgegensetzen? Sicherlich nicht. Es ist in diesem Zusammenhang noch zu bemerken, daß bei der Schuldübernahme des § 414 und bei Zugrundelegung unserer Theorie die Abstraktheit des eigentlichen Schuldübernahmevertrags infolge der vollständigen Trennung der beiden Verträge auch äußerlich deutlicher in die Erscheinung tritt und den Parteien klarer zum Bewußtsein kommt[199]) als bei der Übernahme des § 415 B.G.B. unter Zugrundelegung der Gesetzestheorie, wo die eigentliche Übernahme und das derselben zugrunde liegende Rechtsgeschäft zwischen Urschuldner und Übernehmer in einem einzigen Vertrag miteinander verbunden sind. Die ratio legis bei Aufstellung des im § 417 Abs. 2 B.G.B. aufgestellten Prinzips war ohne

[199]) v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 395.

Zweifel die, daß man es nicht für angängig hielt, die Rechte des Gläubigers in ihrem Bestande von einem Rechtsverhältnis abhängig zu machen, dessen Inhalt sich gänzlich der Kenntnis des Gläubigers entzieht. Der Gläubiger hat an der Schuldübernahme meistens nur ein geringes Interesse, und es ist daher nur billig, daß man die Rechtslage des Gläubigers so sicher und unabhängig wie möglich gestaltet. Wollte man den Gläubiger Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer aussetzen, so wäre die natürliche Folge dieses verfehlten Prinzips die, daß kein Gläubiger sich mehr auf einen Schuldnerwechsel einließe, da er ja immer fürchten müßte, seinen alten Schuldner gegen einen neuen umzutauschen, der ihm allerlei unbekannte Einwendungen auftischen könnte[200]). Die Schuldübernahme abstrakt zu gestalten, ist also ein sehr geeignetes Mittel, um den Interessen des Gläubigers in jeder Beziehung gerecht zu werden. Man darf sich nun aber nicht verhehlen, daß die Abstraktheit der Schuldübernahme neben ihren großen Vorzügen auch Nachteile im Gefolge hat. Und diese treten hauptsächlich beim Urschuldner und Übernehmer hervor. Auch hier mag uns das Kaufbeispiel von vorhin wieder dienlich sein. Die vollkommenste Sicherheit und Garantie für die wirkliche Erreichung ihres Geschäftszwecks hätten Urschuldner und Übernehmer dann, wenn der Moment des Eigentumsüberganges mit dem Moment der Genehmigung des Gläubigers zeitlich vollkommen zusammenfiele, denn dann ginge das Eigentum in dem Moment über, wo der Übernehmer zum Schuldner wird. Nun ist es aber ohne weiteres einleuchtend, daß ein solches zeitliches Zusammenfallen der beiden Rechtsgeschäfte im praktischen Leben wohl nie verwirklicht werden kann. Die Kontrahenten müssen sich daher mit geringeren Garantien zufrieden geben. Den Parteien wäre es auch noch recht, wenn die Eigentumsübertragung Zug um Zug mit dem Abschluß des Übernahmevertrags vor sich ginge. Dann hätte der Urschuldner zwar keine absolute Sicherheit, denn er kann ja nicht wissen, ob der Gläubiger auch genehmigen wird, aber er wäre doch dagegen gefeit, daß der Übernehmer willkürlich das Zustandekommen der Übernahme verhindert. Allein auch dieses Verlangen der Parteien

---

[200]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 283, Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 471, 472 und Kipp ebenda Bd. 36 S. 365.

läßt sich im Leben kaum realisieren. Es wird im allgemeinen dabei bleiben, daß der eine oder andere vorleisten muß. Leistet der Urschuldner vor, d. h. überträgt er das Eigentum, bevor der Vertrag abgeschlossen ist, so wäre es denkbar, daß der Übernehmer sich weigert, den Schuldübernahmevertrag abzuschließen, und der Urschuldner somit von seiner Schuld nicht frei wird. Es müßte dann der Urschuldner den Übernehmer auf Erfüllung erst verklagen, was doch sicherlich eine mißliche Sache für den Urschuldner, der seinerseits bereits geleistet hat, ist. Dieser Fall hat zwar mit der Abstraktheit der Schuldübernahme nichts zu tun, ich habe es aber trotzdem des Zusammenhangs mit dem folgenden Falle wegen für zweckmäßig befunden, ihn an dieser Stelle zur Sprache zu bringen. Nehmen wir jetzt den anderen Fall: der Übernehmer schließt den Übernahmevertrag ab, ohne die Eigentumsübertragung durch den Urschuldner abzuwarten. Dann liegt die Gefahr nahe, daß der Urschuldner den Vertrag vom Gläubiger genehmigen läßt und so den Übernehmer zum Schuldner macht, ohne selbst zu leisten. Auch hier bedarf es einer Klage des Übernehmers, um die zu Unrecht noch ausstehende Leistung des Urschuldners einzubringen. Könnte der Übernehmer dem Gläubiger die exceptio non adimpleti contractus entgegenstellen, so wäre alles in bester Ordnung. Aber das kann er nicht, wie wir früher gesehen haben. Wir sind hier in einer sehr mißlichen Lage: wollen wir den Urschuldner sicher stellen dadurch, daß wir den Übernehmer vorleisten lassen, so stellen wir den Übernehmer bloß und umgekehrt. Wie ist aus diesem Dilemma herauszukommen? Es ist nicht mehr als billig, daß man einerseits den Urschuldner, wenn er seine Leistung erbringt, wenigstens gegen Böswilligkeiten des Übernehmers sicher stellt und andererseits den Übernehmer, wenn man ihm die Möglichkeit, das Zustandekommen der Übernahme zu verhindern, ganz genommen hat, gegen Treulosigkeiten des Urschuldners schützt. Ich würde daher dem vorleistenden Urschuldner raten, seine Leistung nur zu erbringen gegen Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht, die ihn ermächtigt, im Namen des Schuldübernehmers einen Schuldübernahmevertrag nach § 414 B.G.B. mit dem Gläubiger abzuschließen. Die Anwendbarkeit des § 415 B.G.B. ist hier deshalb ausgeschlossen, weil sonst der Urschuldner mit sich selbst kontrahieren müßte. Befolgt der Urschuldner diesen Ratschlag, dann ist er wenigstens dessen sicher, daß das Zustandekommen der Schuldübernahme vom Willen des Über-

nehmers unabhängig ist. So auch v. Blume[201]). Wird zuerst der Übernahmevertrag abgeschlossen, so tut der Übernehmer gut daran, gleichzeichtig mit dem Urschuldner abzumachen, daß er, der Urschuldner, den Vertrag erst dann dem Gläubiger zum Zwecke der Genehmigung „mitteilen" dürfe, wenn er, der Urschuldner, seine Leistung erbracht habe. Regelsberger[202]), welcher diesen Vorschlag macht, meint, mit der internen Abmachung sei alles Erforderliche getan, um den Übernehmer sicher zu stellen. Dem kann ich nicht beipflichten. Ich habe schon früher die Ansicht ausgesprochen, daß die Abmachung, um gegenüber dem Gläubiger Wirksamkeit zu erhalten, ihm mitgeteilt werden muß. Wollte man von diesem Erfordernis absehen, so würde man den Gläubiger, welcher, ohne von der Abmachung etwas zu wissen, auf eine Mitteilung hin genehmigt und den Schuldübergang für erfolgt hält, in eine recht unerquickliche Lage bringen. v. Blume[203]) geht entschieden zu weit, wenn er meint, „das von Regelsberger dem Übernehmer an die Hand gegebene Mittel helfe nichts, indem der von Regelsberger empfohlenen Vertragsbestimmung keine Wirkung gegen den Gläubiger zukommen könne. Wenn das Gesetz dem Urschuldner das Recht gibt, dem Gläubiger zu offerieren und dadurch den Übernehmer an die Offerte zu binden, so ist es doch gänzlich unerfindlich, weshalb sich der Urschuldner durch eine entsprechende Abmachung mit dem Übernehmer seines ihm vom Gesetz verliehenen Rechtes nicht ganz oder auch nur teilweise sollte begeben können. Ebensogut wie sich z. B. der Ehemann seines kraft Gesetzes mit der Eheschließung erworbenen Rechtes über das Vermögen der Frau durch eine nachträgliche Vereinbarung der Gütertrennung wieder entschlagen kann, ebensogut kann auch der Urschuldner durch Vertrag mit dem Übernehmer sein gesetzliches Offerierungsrecht beschränken. Diese Beschränkung, die intern sofort wirksam ist, erlangt aber nach außen, d. h. dem Gläubiger gegenüber, genau so wie die Ausschließung des gesetzlichen Güterrechtssystems Dritten gegenüber, erst dann Wirksamkeit, wenn der Gläubiger davon in Kenntnis gesetzt ist. Daran muß man unbedingt festhalten. Ist dem Gläubiger aber die Beschränkung des Offerierungsrechtes des Urschuldners ordnungsmäßig

[201]) v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 413.
[202]) Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 480.
[203]) v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 115, 116.

mitgeteilt worden, so kann der Gläubiger aus einer trotzdem erfolgten Offerte des Urschuldners keine Rechte erwerben, um so weniger, als er ja durch die Acceptation einer solchen Offerte in der schroffsten Weise gegen Treu und Glauben im Verkehr verstoßen würde.

Wir haben gesehen, daß die eben erwähnten Aushilfsmittel[204]) im allgemeinen geeignet sind, den Kontrahenten genügende Garantie zu bieten. Absolute Sicherheit gewähren sie nicht, darüber wollen wir uns keinen Illusionen hingeben. Es können Fälle eintreten, wo die Mittel versagen. Allein wir können uns beruhigen. In der großen Mehrzahl der Fälle werden die Kontrahenten zu dem angegebenen Aushilfsmittel überhaupt nicht zu greifen brauchen, da jeder sich schon einen Vertragsgegner heraussuchen wird, dem er so viel Vertrauen schenken kann. Man darf übrigens im Rechte nicht immer bloß mit der Unehrlichkeit rechnen, man muß vielmehr im allgemeinen die Normen so zurechtschneiden, wie sie für den Verkehr unter ehrlichen Leuten passend sind.

In diesem Zusammenhang möchte ich noch kurz auf die Frage zu sprechen kommen, ob nicht die Fassung des § 415 B.G.B. und die daraus sich ergebenden Konsequenzen eine Anwendung des Paragraphen draußen im Leben selten machen. Die Berücksichtigung dieser Frage drängt sich mir um so mehr auf, als v. Blume[205]) den § 415 ein „totgeborenes Kind" nennt. Ich kann schon gleich eingangs der Darstellung bemerken, daß ich den v. Blume dem Paragraphen ausgestellten Totenschein keineswegs mit unterschreibe. So sympathisch ich sonst auch den Ausführungen v. Blumes gegenüberstehe, hier, glaube ich, hat er übers Ziel hinausgeschossen. Regelsberger[206]) scheint mir das Endurteil v. Blumes auf das richtige Maß reduziert zu haben. Ohne Zweifel enthält der § 415 B.G.B., wenn man

---

[204]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 286 ff., welcher zwar auch die Abstraktheit der Schuldübernahme lebhaft befürwortet, aber doch eine gewisse „Abhängigkeit der Übernahme von der Gegenleistung" dadurch herbeiführen möchte, daß er „überall, wo die Übernahme das Äquivalent für eine vom Schuldner ausgehende Gegenleistung darstellt, den wirklichen Eintritt dieser Gegenleistung zu einer stillschweigenden Bedingung der Übernahme selbst erheben will." So auch Herz S. 40 ff. Vergl. auch v. Blume, Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 413.

[205]) v. Blume, Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 419.

[206]) Regelsberger, ebenda S. 464 ff.

ihn genau so, wie ihn das Gesetz aufgestellt hat, zur Anwendung bringen will, eine große Härte gegen den Übernehmer, aber wenn man ein wenig Vorsicht beim Abschluß von Schuldübernahmeverträgen walten läßt, kann man mit dem Paragraphen schon auskommen. Es bestehen zwei Möglichkeiten, wie die Parteien beim Abschluß von Schuldübernahmeverträgen sich verhalten können: entweder verpflichtet sich, um bei dem Kaufbeispiel zu bleiben, der Urschuldner, dem Übernehmer das Eigentum zu übertragen und der Übernehmer verpflichtet sich, dessen Schuld zu übernehmen, dann sind alle Punkte, die den Parteien bei der Schuldübernahme der Regelung wert schienen, in diesem Vertrag bereits festgelegt worden und die Parteien werden daher wohl kaum abermals einen Vertrag miteinander schließen, um die Übernahme selbst herbeizuführen, sie werden dazu vielmehr den direkten Weg einschlagen und nach § 414 B.G.B. paktieren. In einem solchen Falle wird also § 415 B.G.B. kaum in Funktion treten. Oder — und das ist die zweite Möglichkeit — der Urschuldner verpflichtet sich, Eigentum zu übertragen, und der Übernehmer übernimmt bereits in diesem Vertrag die Schuld. Übernimmt aber der Übernehmer unter diesen Umständen ohne Beifügung der früher erwähnten Sicherheitsklausel die Schuld, dann ist er allerdings der Gefahr ausgesetzt, Schuldner zu werden, ohne die Gegenleistung dafür empfangen zu haben. Das ist das Hauptargument, welches v. Blume dazu veranlaßt hat, dem § 415 B.G.B. die praktische Anwendbarkeit abzusprechen. Er meint, durch den § 415 werde der Übernehmer dem Urschuldner und Gläubiger bedingungslos ausgeliefert und dies bedeute eine souveräne Verachtung des vernünftigen Parteiwillens, gegen welche Wissenschaft und Praxis Front zu machen hätten[207]). Allein das Mittel, welches wir oben dem Übernehmer an die Hand gaben, ist, wie wir gesehen haben, imstande, die Härte, die der Paragraph zweifellos hat, zu mildern. Es ist eben bei Abschluß von Schuldübernahmeverträgen äußerste Vorsicht geboten[208]). Wenn man auch zugeben muß, daß es besser gewesen wäre, wenn das Gesetz selbst bereits ohne weiteres dem Übernehmer den Schutz hätte angedeihen lassen, den er sich so selbst verschaffen muß, und wenn man auch weiter zugeben muß, daß infolge dieses

---

[207]) v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 412, 413.

[208]) So auch Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 463.

Versehens des Gesetzgebers der § 415 B.G.B. vielleicht nur einen geringeren Grad von Beliebtheit und Popularität im Verkehr erlangt, als er sonst erlangt haben würde, so ist er damit doch noch lange kein „totgeborenes Kind".

Verlassen wir damit die Lehre von den Einwendungen und gehen wir zu den mit der Schuld verbundenen Sicherungsmitteln über. Hätte das Gesetz das Prinzip der Succession konsequent durchführen wollen, so hätte es eigentlich die an der Schuld haftenden Sicherungsmittel trotz des Schuldnerwechsels bei Bestand lassen müssen. In diesem Sinne wollte der erste Entwurf die Frage auch regeln. Das fertige Gesetz hat im § 417 B.G.G. eine von dem Prinzip der Succession abweichende Normierung getroffen[209]). Eine für die Schuld bestellte Bürgschaft, sagt das Gesetz, erlischt; und mit Recht[210]). Bürgschaftsübernahmen sind Vertrauensbezeugungen gegen den Schuldner. Wer eine Bürgschaft übernimmt, tut dies gerade mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Schuldners. Die gesamte wirtschaftliche, soziale und ethische Individualität desselben hat der vorsichtige Bürge einer sorgfältigen Prüfung unterzogen, bevor er die Bürgschaft übernommen hat. Und nunmehr sollen mit einem Schlag alle Vorsichtsmaßregeln bedeutungslos werden, der Bürge soll hinterher vielleicht einen solventen, ehrlichen Schuldner gegen einen wirtschaftlichen und sittlichen Leichtfuß einzutauschen genötigt werden. Das ist nicht angängig. Zwar fehlt es auch nicht an Stimmen, welche in der Befreiung des Bürgen bei einer Schuldübernahme eine „ungerechtfertigte und unzweckmäßige Äußerung des Billigkeitsgefühls" erblicken. So neuerdings namentlich v. Blume[211]). Er hätte es lieber gesehen, wenn das Gesetz die Bürgschaft trotz Schuldnerwechsels bei Bestand gelassen hätte, und er gibt dem Bürgen eine ganze Reihe von Mitteln an die Hand, durch die er sich gegen Schädigungen, welche der Fortbestand seiner Haftung etwa im Gefolge haben könnte, schützen können soll. Allein wenn man auch zugeben muß, daß diese Mittel im großen und ganzen den Bürgen

---

[209]) Vergl. Protokolle z. B.G.B. S. 423.

[210]) Vergl. auch Gürgens ibid. S. 289, ferner Regelsberger, Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 469, 470, Matthias ibid. S. 469, Crome ibid. S. 358, Siméon ibid. S. 338, Meisner ibid. S. 101, Schollmeyer S. 409, Tränkner S. 603, Schurter S. 338, Bendix S. 334, Krettner S. 21.

[211]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 134.

vor direkten wirtschaftlichen Schädigungen zu bewahren imstande sind, so muß man andererseits doch bedenken, daß man dem Bürgen nicht so ohne weiteres eine größere Mühewaltung zur Erhaltung seiner wirtschaftlichen Sicherheit zumuten darf. Wollte man den Bürgen auch bei einer Schuldübernahme forthaften lassen, so wäre eine große Verminderung der Zahl der Bürgschaftsübernahmen die notwendige Folge, oder der Bürge würde von vornherein jedesmal ausdrücklich abmachen, daß er nur für diesen Schuldner, nicht aber für jeden beliebigen Schuldsuccessor bürgen wolle. Fassen wir einmal den Fall kurz ins Auge, daß der Bürge bei dem Schuldnerwechsel in der Person der Schuldner einen schlechten Tausch macht. Dann erleidet der Bürge im Falle der Weiterhaftung zwar keinen direkten wirtschaftlichen Schaden, weil er sich ja immer noch an seinen alten Schuldner halten kann, aber er muß zunächst dem Gläubiger leisten und ist dann auf die Regreßnahme gegen seinen alten Schuldner angewiesen, während er ohne den Schuldnerwechsel vielleicht überhaupt niemals Zahlung hätte leisten müssen. Vielfach übernimmt man doch auch eine Bürgschaft in dem berechtigten Vertrauen, daß der Schuldner es gar nicht zu einer Inanspruchnahme des Bürgen kommen lassen, sondern rechtzeitig den Gläubiger befriedigen wird. Unnötige Mühen hätte also der Bürge von seiner Weiterhaftung jedenfalls. Sodann ist auch die Regreßnahme eine sehr umständliche. Der Gläubiger fordert vom Bürgen, dieser hält sich an den Urschuldner und der Urschuldner wieder an den Übernehmer. Auch die dringend gebotene Rücksichtnahme auf die „Imponderabilien" des Verkehrs, wie v. Blume sich ausdrückt, erheischt den Untergang der Bürgenhaftung bei einem Schuldnerwechsel. Der Bürge will nur dem Urschuldner, keineswegs aber jedem beliebigen gefällig sein. Im Falle der Weiterhaftung des Bürgen könnte der für den Bürgen höchst unliebsame Fall eintreten, daß er für die Insolvenz vielleicht seines ärgsten Feindes dem Gläubiger einstehen und dem Übernehmer dadurch ganz wider Willen einen Dienst erweisen müßte. Wir bleiben also dabei, daß das Gesetz wohl daran getan hat, die Fortdauer der Bürgenhaftung zu verneinen. Hat nun aber der Bürge bei Eingehung seiner Verbindlichkeit gar keine Rücksicht auf die Individualität des Hauptschuldners genommen und dies im Bürgschaftsvertrag vielleicht durch die Abmachung, er wolle für jeden beliebigen Schuldner, der in die Obligation einrücke, haften, zum Ausdruck

gebracht, so dauert seine Haftung natürlich fort. Ein solches Sich-aufopfern des Bürgen für den Gläubiger wird aber nur selten vorkommen[212]). Die Haftung des Bürgen soll nach der Vorschrift des Gesetzes auch dann fortdauern, „wenn der Bürge in die Schuldübernahme einwilligt". In dieser Ausdrucksweise des Gesetzes liegt, wie v. Blume[213]) richtig hervorhebt, eine terminologische Ungenauigkeit. Es ist doch eigentlich nicht erforderlich, daß der Bürge in die Schuldübernahme einwilligt. Diese vollzieht sich auch ohne seine Einwilligung. Der Bürge braucht nur in das Fortbestehen seiner Haftung einzuwilligen. Die Einwilligungserklärung bedarf keiner Form, weil der Bürge nicht eine neue Verpflichtung eingeht, sondern lediglich eine alte bei Bestand erhält. Die Einwilligung kann gegenüber dem Urschuldner, dem Übernehmer oder dem Gläubiger erklärt werden, da alle drei durch die Schuldübernahme in ihrer Rechtssphäre berührt werden. Sie ist widerruflich, aber wohl nur bis zum Moment des Vertragsschlusses nach § 414 oder 415 B.G.B. Man könnte sich nun fragen, ob das Wort „Einwilligung" im § 418 B.G.B. wirklich im technischen Sinne angewendet ist oder ob das Gesetz es nicht vielmehr vielleicht im Sinne von „Zustimmung" gebraucht, mit anderen Worten, ob der Bürge nur vorher, oder ob er auch nachträglich zustimmen kann. Begrifflich wäre beides möglich. Allein das Gesetz hat klar und deutlich ausgesprochen, daß es nur eine „Einwilligung", nicht aber auch eine „Genehmigung" zuläßt. Eine Genehmigung vermag also den Untergang der Bürgschaft nicht aufzuhalten, kann aber unter Umständen die Begründung einer neuen Bürgschaft in sich schließen[214]). Und der Ausschluß der „Genehmigung" bedeutet keinen so großen Verlust, denn, wenn das Gesetz auch die Wahl zwischen Einwilligung und Genehmigung ließe, würde doch in der großen Mehrzahl der Fälle die Zustimmung des Bürgen im voraus erteilt werden, weil eben diese Regelung der Dinge einfache klare und durchsichtige Rechtsverhältnisse schafft und vor allem den lästigen Schwebezustand ver-

---

[212]) So auch Matthias ibid. S. 469.

[213]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 130.

[214]) So auch Plank, Komment. z. B.G.B. Obligationenrecht S. 206, Schollmeyer S. 410; auch Crome ibid. S. 358 hält nur eine „Einwilligung" für ausreichend; anders Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts.

meidet. Eine nachträgliche Genehmigung mit dem unvermeidlichen Pendenzzustand käme ohnehin im Leben weit seltener vor.

Ähnlich wie mit der Bürgschaft verhält es sich auch mit einem Pfandrecht, das für die Schuld bestellt ist. Auch die Pfandrechte erlöschen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung. Von dem Erlöschen des Pfandrechts ist im ganzen dasselbe zu sagen, wie von dem Untergang der Bürgschaft. Ich kann mich daher kurz fassen. Das Pfandrecht soll nicht erlöschen, wenn derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt[215]). Gehört der Pfandgegenstand einem Dritten, so muß die Einwilligung dieses Dritten vorliegen. Gehört der Pfandgegenstand dem Urschuldner, so ist bei einer Schuldübernahme nach § 415 B.G.B. eine ausdrückliche Einwilligungserklärung des Urschuldners nicht nötig, da die Einwilligung bereits in dem Vertragsschluß enthalten ist, bei einer Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. dagegen ist eine Einwilligungserklärung erforderlich. Steht das Pfandobjekt im Eigentum des Übernehmers, so ist niemals eine ausdrückliche Zustimmungserklärung des Übernehmers erforderlich, dieselbe liegt vielmehr immer bereits in dem Übernahmevertrag. Auch hier ist wiederum zu bemerken, daß der Eigentümer der Pfandsache eigentlich nicht in die Schuldübernahme, sondern nur in die Fortdauer der Pfandhaftung einzuwilligen hat. Allein die Einwilligung in die Schuldübernahme schließt selbstverständlich immer die Einwilligung in die Fortdauer der Pfandhaftung in sich. Das Gesetz sagt, die Einwilligung müsse von demjenigen erteilt werden, dem die Pfandsache „zur Zeit der Schuldübernahme" gehöre. Wechselt die Sache während der ganzen Spanne Zeit, nämlich von der Zeit vor Abschluß des Übernahmevertrags an bis zur Zeit nach erfolgter Genehmigung gerechnet nicht ihren Herrn, so kann man ja keinen Augenblick im Zweifel sein, wer die Einwilligung zu erteilen hat. Kompliziert wird die Erledigung der Frage aber dann, wenn nach erfolgtem Vertragsschluß, aber vor erfolgter Genehmigung des Gläubigers die Sache in ein anderes Eigentum übergeht. Wenn dann der erste Eigentümer seine Einwilligung bereits erteilt hat, soll es dabei sein Bewenden haben, oder muß der zweite Eigentümer auch noch einwilligen, damit die Pfandhaftung bestehen bleibt? Nach strengen Rechtsgrundsätzen

---

[215]) Vergl. Protokolle z. B.G.B. S. 425.

wäre etwa, wie folgt, zu entscheiden: Infolge der rückwirkenden Kraft der Genehmigung war in dem Moment, wo der neue Schuldner in die Obligation eintrat, der erste Eigentümer noch Herr der Sache. Seine Einwilligung bewirkt also Fortdauer der Pfandhaftung. Wird nun das Pfandobjekt weiter veräußert, so haftet das Pfandrecht am Objekt weiter und es bedarf keiner Einwilligung des zweiten Eigentümers, da ja nur das Pfandobjekt den Herrn wechselt, nicht aber die Schuld ihren Träger. Ich bin mir dessen wohl bewußt, daß diese Entscheidung große Härten für den zweiten Eigentümer im Gefolge haben kann, da dieser vielleicht keine Ahnung von der Schuldübernahme hat, zumal als sie noch nicht perfekt geworden ist und nun trotzdem mit seinem Eigentum für einen Schuldner haften muß, den er nicht kennt. Wollte man nun aber, um den zweiten Eigentümer zu schützen, auch seine Einwilligung für erforderlich erklären, so hieße das ein Loch zustopfen dadurch, daß man ein anderes aufreißt, denn dann könnte der Gläubiger, der von dem in der Zwischenzeit stattgehabten Eigentümerwechsel vielleicht nichts weiß, im Vertrauen darauf, daß nach dem Übernahmevertrag eine Einwilligung des Eigentümers erfolgt sei, genehmigen und so seiner Pfandsicherung verlustig gehen. Man möchte vielleicht geneigt sein, in dem Interessenkonflikt auf die Seite des Eigentümers zu treten und zwar um so mehr, als der ganze § 418 nur dem Bestreben, den Eigentümer zu schützen, seine Entstehung verdankt. Allein wenn es auch recht und billig ist, dem Eigentümer den größtmöglichen Schutz angedeihen zu lassen, so darf doch darunter der Gläubiger keinen Schaden leiden. Man dürfte also wohl kein Bedenken tragen, die Einwilligung des zweiten Eigentümers für nicht erforderlich zu erklären.

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung erlöschen nur die bestellten Bürgschaften und Pfandrechte, also nur die durch Vertrag begründeten, die gesetzlichen Bürgschaften und Pfandrechte[216]) bleiben bestehen, weil, wie Schollmeyer S. 409 richtig hervorhebt, bei den gesetzlichen Bürgschaften und Pfandrechten eine Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Individualität des Schuldners ausgeschlossen erscheint.

Wir kommen nunmehr zu einem weiteren sehr verbreiteten

---

[216]) Solche finden sich z. B. in den §§ 571 Abs. 2, 1056 Abs. 1, 1251 Abs. 2; § 559, 590, 647, 704 B.G.B.

Sicherungsmittel, nämlich zu der Hypothek. Auch sie wird bei einem Schuldnerwechsel alteriert. Aber sie soll nicht erlöschen, sondern sie soll sich nur in eine Eigentümerhypothek umwandeln. Dem Gläubiger geht also im Falle der Schuldübernahme die hypothekarische Sicherung verloren. Auch hier soll die Einwilligung des Grundstückseigentümers die Hypothek dem Gläubiger erhalten. Weiter auf die Frage nach dem Bestehen- oder Nichtbestehenbleiben der Hypothek einzugehen, würde uns zu tief in das Hypothekenrecht hineinführen.

Vorzugsrechte, die für den Fall des Konkurses mit einer Schuld verbunden sind, können im Konkurs des Übernehmers nicht geltend gemacht werden. v. Blume findet diese Normierung des Gesetzes „unzweckmäßig und reformbedürftig“ [217]). Er meint, daß der Vormund ebensogut, wie er Medizinalschulden für sich kontrahieren und dadurch die Forderung seiner Mündel um eine Stufe in der Rangordnung herabsetzen könne, auch privilegierte Schulden eines anderen übernehmen dürfe [218]). Allein diese Fälle dürften doch nicht so gleich geartet sein, wie v. Blume dies annimmt [219]). Kontrahiert der Vormund für sich z. B. Medizinalschulden, so hat man meistens die Möglichkeit, zu erkennen, ob das Kontrahieren nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Vertragsschließenden wirklich nötig war, ob er es also in redlicher Absicht oder nur in fraudem creditorum vornahm, während die Übernahme privilegierter Schulden einen vielfach über die wahre Absicht des Übernehmers im dunkeln läßt. Im letzteren Falle liegt die Gefahr des in fraudem-Handeln weit näher als im ersteren. Es dürfte daher die Bestimmung des Gesetzes ganz zweckmäßig und gut sein.

Das Gesetz erwähnt unter den Ausnahmen, die vom Prinzip der Succession gemacht werden, nur die vier genannten Fälle. Wie steht es aber mit den anderen Sicherungsmitteln, die für eine Schuld bestehen können z. B. mit einer Vormerkung, einer Sicherheitsleistung durch Hinterlegung, einem dinglichen Vorkaufsrecht, einem Zurückbehaltungsrecht, einem Recht auf Vertragsstrafen ꝛc.? Bleiben diese in Kraft oder erlöschen sie im Fall des Schuldnerwechsels? [220])

---

[217]) Derselben Meinung ist auch Schurter S. 339.

[218]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 128.

[219]) So auch Matthias ibid. S. 469.

[220]) Wegen des Zurückbehaltungsrechtes vergl. Tränkner S. 602 und den dort zitierten Grützmann, Sächs. Archiv 2 S. 431.

Man könnte hier auf zwei verschiedene Argumentationen kommen. Man könnte entweder sagen, das Gesetz hat die vier wichtigsten Sicherungsmittel herausgegriffen und durch Analogieanwendung ist dahin zu schließen, daß alle Nebenrechte untergehen sollen, oder man könnte per argumentum e contrario sagen, das Gesetz hat nur die vier erwähnten Sicherungsmittel untergehen lassen wollen, die übrigen sollen nach der Absicht des Gesetzes bei Bestand bleiben[221]). Allein die Gesetzgebungsmaterialien treffen selbst eine vermittelnde Entscheidung. Sie meinen, „es solle in jedem einzelnen Falle aus der Natur des in Frage kommenden Rechtes in Verbindung mit dem Wesen der Schuldübernahme entnommen werden, inwieweit das bestärkende Recht bestehen bleibe oder nicht“[222]). Diese Regelung der Dinge hat ja sicherlich den Vorzug, jus aequum im vollsten Sinne des Wortes zu sein. Allein der Vorteil wird durch einen ebenso schweren Nachteil wieder aufgehoben. Wo bleibt da die Rechtssicherheit, wenn für solch wichtige Verhältnisse keine festen Normen da sind. Der Gläubiger weiß dann gar nicht, ob sein Sicherungsmittel den Schuldnerwechsel überdauern wird oder nicht, ob er also besondere, durch das eine oder andere veranlaßte Abmachungen treffen muß oder nicht. Es wäre sehr interessant, die vom Gesetz mit Schweigen übergangenen Nebenrechte näher zu betrachten, allein der mir in der Arbeit gesteckte Rahmen verbietet diesen Exkurs. Ich muß mich mit dem Hinweis begnügen, daß es äußerst ratsam erscheint, an dem nur eine Konsequenz des Prinzips der Succession darstellenden Weiterbestehen der Nebenrechte so lange festzuhalten, als nicht dringende praktische Erwägungen eine anders geartete Auffassung erheischen[223]).

Verlassen wir damit die Materie von den Nebenrechten und Sicherungsmitteln und werfen wir noch einen flüchtigen Blick auf die Bedeutung und Tragweite des Satzes „Übernahme ist Zahlung“[224]),

---

[221]) Im letzteren Sinne argumentiert auch z. B. Schollmeyer S. 409.

[222]) Vergl. dazu Plank, B.G.B. Bd. 2 S. 206, Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 2 S. 359 Anm. 4 und erster Entwurf § 317.

[223]) So im Resultat auch Schollmeyer S. 409, ferner Schurter S. 388, welcher den Fortbestand der Accessorien nicht aus dem Prinzip der Succession, sondern aus einem auf Weiterbestehen derselben regelmäßig gerichteten Parteiwillen erklären will.

[224]) Vergl. dazu die beiden Spezialarbeiten: Voigt, Schuldübernahme ist Zahlung (Diss. Gött.). Davidson, Schuldübernahme als Zahlung (Diss. Bresl.).

wie man sich kurz auszudrücken gewöhnt hat. Wenn der A dem B eine Sache verkauft und der B dafür eine Schuld des A übernimmt, so erlischt die Schuld des B aus dem Kauf insoweit, als die von B übernommene Schuld des A reicht. Dieser Satz steht nirgendswo im Gesetz und kann daher auch keine absolute Geltung für sich in Anspruch nehmen. Er gilt nur insoweit, als die Parteien die in ihm liegende Wirkung beabsichtigt haben. Er zieht also seine Kraft nicht aus einer gesetzlichen Vorschrift, sondern aus dem Parteiwillen. Aber die Parteien werden wohl immer diese Absicht mit dem Rechtsgeschäft, welches sie vornehmen, verbinden, zumal es infolge der Kompensationsbefugnis praktisch auch ziemlich auf dasselbe hinauskommt, ob die übernommene Schuld auf den Kaufpreis in Anrechnung gebracht wird oder nicht. Über die Kategorie, unter welche der das Erlöschen bewirkende Rechtsakt juristisch zu bringen ist, kann auch kaum ein Zweifel bestehen. Es handelt sich um eine datio in solutum und es wäre daher eigentlich auch richtiger zu sagen: Übernahme wirkt wie Zahlung. Der Übernehmer übernimmt eine Schuld des A und tilgt dadurch seine eigene Schuld, die er an den A hat. Man kann nun geteilter Meinung darüber sein, in welchem Moment das Erlöschen stattfinden soll, ob bereits im Zeitpunkt der Perfektion des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer[225]) oder erst im Moment der Genehmigung durch den Gläubiger[226]). Ich möchte mich dafür entscheiden, daß die Kaufpreisschuld bereits im Moment des Vertragsschlusses zwischen Urschuldner und Übernehmer ohne Rücksicht auf die Genehmigung des Gläubigers erlischt. Inter partes ist die Schuldübernahme im Moment der Perfektion des Vertragsabschlusses vollzogen. Von diesem Moment an ist im Verhältnis der Kontrahenten zueinander der Übernehmer verhaftet, der Urschuldner frei. Da nun aber der Kauf auch nur inter partes spielt und den Gläubiger in keiner Weise berührt, läßt sich der Grund nicht recht absehen, weshalb man den Tilgungseffekt erst im Moment der Genehmigung des Gläubigers eintreten lassen sollte. Der Tilgungseffekt tritt vielmehr schon im Moment der Perfektion des Vertrags zwischen Urschuldner

[225]) So z. B. Herz S. 52ff., Menzel S. 663, Regelsberger Archiv f. ziv. Pr. Bd. 67 S. 33, Münster S. 48, Voigt S. 29.

[226]) So z. B. die Motive Bd. 2 S. 242, Davidson S. 41 und sonst im Text, Schurter S. 347.

und Übernehmer ein[227]). Der Urschuldner erleidet dadurch auch gar keinen Schaden, denn wenn auch der Gläubiger hinterher die Genehmigung verweigern und ihn in Anspruch nehmen sollte, so kann er sich ja einerseits wieder an den Übernehmer halten und sollte dieser insolvent sein, nun dann wäre er es jedenfalls auch dann, wenn er den Kaufpreis zu zahlen hätte.

Wir sind nunmehr mit der Betrachtung des theoretischen Normalfalls der Schuldübernahme fertig geworden und wollen jetzt noch kurz eines Unterschieds gedenken, der vornehmlich seit Auftauchen der v. Blumeschen Theorie viel erörtert worden ist und auch bei Hellwig[228]) eine eingehende Besprechung erfahren hat. Ich meine den Unterschied, der zwischen der „Erfüllungsübernahme" des B.G.B. (§ 329) und dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, wie letzterer sich auf Grundlage unserer Theorie darstellt, besteht. Durch die „Erfüllungsübernahme" verpflichtet sich nach § 329 der Übernehmer, den Gläubiger seines Vertragsgegners zu „befriedigen". Ein Onkel verspricht z. B. seinem Neffen gegenüber, dessen Schulden an seinen Gläubiger zahlen zu wollen. Der Neffe kann dann vom Onkel verlangen, daß dieser seinen Gläubiger rechtzeitig befriedige. Wie der Onkel diese Befriedigung des Gläubigers bewerkstelligt, ist dem Neffen gleichgiltig, ihm kommt es nur darauf an, daß er wegen seiner Schuld vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen wird. Und gerade weil es dem Neffen, um im Beispiel zu bleiben, gleichgültig ist und auch sein kann, wie der Onkel ihn von seiner Schuld freimacht, sofern dieser nur dafür sorgt, daß er von seinem Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen wird, wäre es richtiger und präziser gewesen, wenn das Gesetz statt den Übernehmer zur „Befriedigung" zu verpflichten, ihn nur zur „Befreiung" des Schuldners verbunden hätte und wenn die Wissenschaft — denn das Gesetz kennt ja den Ausdruck „Erfüllungsübernahme" nicht — statt von „Erfüllungsübernahme" zu reden, sich daran gewöhnt hätte, etwa von „Befreiungsübernahme" zu sprechen[229]). Der Erfüllungsübernahmevertrag[230]) erzeugt also nur Wirkungen inter partes, der

---

[227]) Dieselben Gründe führt auch Voigt S. 29 an.

[228]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

[229]) So auch ausdrücklich v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 110, 111 ff.

[230]) So wollen auch wir ihn weiter nennen, uns aber immer dabei be-

Gläubiger wird durch denselben in keiner Weise berührt. Er kann sich wegen seiner Forderung nur an den Schuldner halten, nicht aber an den Übernehmer. Die durch die Erfüllungsübernahme des B.G.B. begründete Verbindlichkeit des Erfüllungsübernehmers dem Urschuldner gegenüber kann ebenso wie die bei der Schuldübernahme durch den Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer entstandene Verpflichtung durch eine Schuldübernahme seitens des Übernehmers getilgt werden. Nun vergleiche man mit dieser Erfüllungsübernahme des B.G.B. den Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, wie dieser sich auf Grundlage unserer Theorie darstellt, und man wird finden, daß die beiden Verträge bis hierhin in allem vollkommen miteinander übereinstimmen[231]). Aber nun kommt eine Verschiedenheit: während bei der Erfüllungsübernahme des B.G.B. ohne weiteres nur der Übernehmer die Offerte zur Schuldübernahme an den Gläubiger richten kann, der Urschuldner aber nur auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung durch den Übernehmer, können auf Grund des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer beide die „Mitteilung" bezw. Offerte an den Gläubiger richten, der Urschuldner allerdings auch nur im Namen des Übernehmers, aber auf Grund einer unwiderruflichen Vollmacht, die ihn vom Willen des Übernehmers unabhängig macht. Man kann also kurz sagen: im ersteren Falle kann nur der Übernehmer offerieren, im letzteren Falle können beide es tun. Dieser Unterschied hat aber mit der eigentlichen Schuldübernahme nichts zu tun, denn ob der Urschuldner auf Grund einer ausdrücklichen oder auf Grund einer stillschweigenden Ermächtigung des Übernehmers in dessen Namen offeriert, ist für die eigentliche Schuldübernahme ganz belanglos. Allein jeder wird nun fragen, weshalb erlangt in einen Fall der Urschuldner schon durch den bloßen Vertragsabschluß, im anderen Fall erst auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung die fragliche Vollmacht, und woran kann man erkennen, welcher von den beiden Verträgen im einzelnen Fall gerade vorliegt. Darauf ist folgendes zu erwidern: Manche Verpflichtungsverträge der hier in Betracht kommenden Art sind von vornherein darauf angelegt, durch eigent-

wußt bleiben, daß er vernünftigerweise nicht auf Befriedigung, sondern nur auf Befreiung gerichtet sein kann.

[231]) Insoweit hat daher auch v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 110, 111 ff. vollkommen recht, wenn er jede Unterscheidung zwischen Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme verwirft.

liche Schuldübernahme erfüllt zu werden. Dem Urschuldner ist es zwar im allgemeinen gleichgültig, wodurch er exnexuiert wird, sofern er nur überhaupt von seiner Verbindlichkeit frei wird, aber es lassen sich auch Fälle denken, wo er an einer Befreiung von seiner Verbindlichkeit gerade durch Schuldübernahme Interesse hat. Man denke in dieser Beziehung an folgenden Fall: Der Urschuldner möchte von seiner Schuld gern frei werden, die Schuld ist aber noch nicht zahlbar, dann ist es für ihn das zweckmäßigste, wenn er seine Schuld von einem anderen übernehmen läßt. Aber gerade für den Fall, daß die Exnexuation des Urschuldners durch Schuldübernahme erfolgen soll, hat der Urschuldner ein großes Interesse daran, möglichst bald darüber Gewißheit zu erlangen, ob der Gläubiger genehmigt oder nicht. Meistens will der Urschuldner auch möglichst bald von seiner Schuld frei werden. Wenn nun aber auch der Übernehmer verpflichtet ist, den Urschuldner zu liberieren, so kann seine Exnexuation doch dadurch eine Verzögerung erleiden, daß der Übernehmer die Befreiung des Urschuldners lässig betreibt oder ganz unterlassen will. Der Urschuldner kann dadurch in Ungelegenheiten mit dem Gläubiger kommen. Wollen nun die Parteien den Urschuldner davor schützen, daß der Übernehmer trotz seiner Verpflichtung dazu ihn nicht rechtzeitig liberiert, so steht ihnen ein wirksames Mittel, um diesen Zweck zu erreichen, darin zur Verfügung, daß der Übernehmer dem Urschuldner eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt, dahin gehend, die Offerte in seinem Namen an den Gläubiger zu richten. Tut dies der Übernehmer, so ist der Urschuldner gegen Böswilligkeiten des Übernehmers gedeckt, da seine Exnexuation ja nicht mehr vom Willen des Übernehmers abhängt. Wenn nun aber aus den Umständen, die den Vertragsabschluß begleiten, oder aus den ausdrücklich getroffenen Abmachungen der Parteien erhellt, daß die Kontrahenten Interessen der erwähnten Art haben und denselben auch Rechnung tragen wollen, so haben wir in der von ihnen getroffenen Abmachung einen Vertrag zu erblicken, durch dessen Abschluß der Urschuldner stillschweigend ermächtigt wird, im Namen des Übernehmers dem Gläubiger zu offerieren. Mit anderen Worten: wir haben in einem solchen Falle einen Vertrag vor uns, der Vorbereitungsvertrag zur demnächstigen Schuldübernahme im Sinne unserer Theorie ist. Geben uns aber die Umstände oder der ausdrücklich erklärte Parteiwille zu einer solchen Annahme keinen Anlaß, so haben wir den von den

Kontrahenten geschlossenen Vertrag als bloße Erfüllungsübernahme anzusehen. Man könnte nun vielleicht auf den ersten Blick geneigt sein, das von uns soeben gefundene Auslegungsresultat mit dem von Regelsberger (Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 468) aufgestellten: „Im Zweifel Erfüllungsübernahme, nicht Schuldübernahme" in einem Topf zu werfen. Dem ist aber nicht so, denn die Regelsbergersche Erfüllungsübernahme ist eine ganz andere als die unserige und der Regelsbergersche Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer himmelweit von unseren Vertrag zwischen diesen Kontrahenten verschieden. Ich bin zu diesem Auslegungsresultat auch keineswegs auf Grund der gesetzlichen Vorschriften des § 329 B.G.B., sondern nur auf Grund allgemeiner Erwägungen gekommen, denn im § 329 B.G.B. wird, wie v. Blume (Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 112, 113) richtig ausführt, nur die Vermutung aufgestellt, daß die Erfüllungsübernahme nicht als Vertrag zugunsten des Gläubigers gemeint sei, keineswegs aber die Vermutung, daß sie nicht Schuldübernahme sein solle.

Gehen wir nunmehr zur sog. kumulativen Schuldübernahme über. Das B.G.B. spricht in dem Kapitel „Schuldübernahme" nur von der sog. privativen Schuldübernahme und läßt die kumulative ganz unerwähnt. Aus diesem Schweigen des Gesetzes könnte man an sich ein Doppeltes schließen: man könnte nämlich entweder sagen, das Gesetz hat dadurch, daß es der kumulativen Schuldübernahme mit keinem Worte gedenkt, andeuten wollen, daß es eine kumulative Schuldübernahme nicht mehr geben soll, oder man könnte sagen, das Gesetz hat zwar nur die privative Schuldübernahme besonders geregelt, damit aber das Vorkommen der kumulativen keineswegs ausgeschlossen. Ich glaube nun, man wird sagen müssen: es gibt auch nach dem B.G.B. wohl noch eine kumulative Schuldübernahme[232]), allein das B.G.B. kennt weder diese Bezeichnung noch spricht es ex professo irgendwo von ihr. Angesichts dieser Sachlage muß man sich fragen, welche Normen gelten denn eigentlich für die kumulative Schuldübernahme. Zunächst ist da zu bemerken, daß die Bestimmungen über die privative Schuldübernahme nicht im entferntesten auf die

[232]) Vergl. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 206, v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 426, Schollmeyer ibid. S. 395, Schurter S. 375, Krettner S. 29.

kumulative Schuldübernahme analoge Anwendung finden können. Die Normen des B.G.B. über die privative Schuldübernahme sind auf den Fall zugeschnitten, daß der alte Schuldner ausscheidet und ein neuer an seine Stelle tritt, passen also keineswegs für den Fall, daß der alte Schuldner in der Obligation drinbleibt und der neue Schuldner noch zu ihm hinzutritt[233]). Es müssen daher andere Normen für die kumulative Schuldübernahme gelten. Welche sind dies? Die kumulative Schuldübernahme kann je nach dem wirtschaftlichen Zweck, den man mit ihr verfolgt, gewöhnliche Bürgschaft, selbstschuldnerische Bürgschaft oder Gesamtschuld sein. Haben die Parteien mit der kumulativen Schuldübernahme gewöhnliche Bürgschaft gewollt, so finden die §§ 765—777 B.G.B. Anwendung. Es haftet dann der Übernehmer nicht für seine eigene Schuld, sondern für die Schuld eines anderen, nämlich für diejenige des Urschuldners. Er haftet nicht aus der Urschuld, sondern aus dem Bürgschaftsvertrag. Die Schuld des Übernehmers hat einen streng accessorischen Charakter. Besteht die Schuld des Urschuldners, so besteht auch die Schuld des Übernehmers, besteht sie nicht, so besteht auch die Schuld des Übernehmers nicht. Die Schuld des Übernehmers macht alle Schwankungen (Beschränkungen wie Erweiterungen) der Schuld des Urschuldners mit. Die Schuldübernahmeerklärung bedarf dann auch der Schriftform. Alle Einreden, die der Urschuldner dem Gläubiger entgegensetzen kann, stehen auch dem Übernehmer dem Gläubiger gegenüber zu. Ferner kann der Übernehmer dem Gläubiger auch die ihm selbst gegen den Gläubiger zustehenden Einreden entgegenhalten. Ob der Übernehmer dem Gläubiger auch solche Einreden entgegensetzen kann, die sich aus seinem Verhältnis zum Urschuldner ergeben, ist verschieden zu beurteilen, je nachdem der Übernehmer den Übernahmevertrag direkt mit dem Gläubiger oder auf einem anderen Wege, auf den ich nachher noch näher zu sprechen kommen werde, abschließt. Für den Fall, daß der Übernehmer den kumulativen Übernahmevertrag direkt mit dem Gläubiger abgeschlossen hat, wird man sich dagegen entscheiden müssen. Man denke an folgenden Fall: der Schuldner eines Gläubigers steht finanziell sehr schlecht. Der Gläubiger will, um zu seinem Gelde zu kommen, die gesetzlichen Mittel gegen ihn in Anspruch nehmen. Der Schuldner sucht dies

---

[233]) So auch Schollmeyer ibid. S. 395.

zu verhindern, indem er dem Gläubiger einen kumulativen Schuldübernehmer stellt. Daraufhin läßt der Gläubiger vom Schuldner ab. Urschuldner und Übernehmer haben aber miteinander abgemacht, daß, ohne Unterschied, ob der Übernehmer dem Gläubiger Zahlung leisten müsse oder nicht, der Urschuldner dem Übernehmer außer der Bürgschaftssumme noch für die bloße Verbürgung ein Honorar geben müsse. Der Gläubiger wendet sich später, als er abermals vergeblich beim Urschuldner angefragt hatte, an den Übernehmer. Soll da der Übernehmer dem Gläubiger entgegenhalten können: der Urschuldner hat mir seinerseits das Honorar noch nicht geleistet, ich mache daher gegen dich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend und verweigere dir die Auszahlung der Bürgschaftssumme so lange, als der Urschuldner an mich das Honorar noch nicht geleistet hat. Wollte man das zugeben, so würde man den Gläubiger in eine sehr üble Lage bringen, da der Gläubiger ja niemals sicher über die Abmachungen der beiden informiert sein kann.

Natürlich hat der Übernehmer auch das beneficium excussionis.

Die kumulative Schuldübernahme kann aber auch selbstschuldnerische Bürgschaft nach § 773, 1 B.G.B. sein. Diese Bürgschaft ist eine gewöhnliche Bürgschaft, wie jede andere auch, nur mit dem Unterschiede, daß bei ihr die Einrede der Vorausklage nicht gegeben ist[234]).

Die kumulative Schuldübernahme kann ferner auch Gesamtschuld sein. Hier haftet der Übernehmer dann nicht für eine fremde Schuld, sondern für seine eigene. Den Grund, weshalb es bei ihm überhaupt zu einer Haftung kommt, bildet allerdings der Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger. Ist dieser Vertrag aber einmal abgeschlossen, dann haftet der Übernehmer aus derselben Schuld, aus welcher der Urschuldner haftet. Der Übernehmer ist eben in die Schuld des Urschuldners neben den alten Schuldner eingetreten. Und schon nach gemeinem Recht war, wenn auch nicht allgemein, so doch ganz überwiegend anerkannt, daß eine solidarische Haftung in der bezeichneten Weise nachträglich entstehen kann. Hier richtet sich die Verpflichtung des Übernehmers nicht so sehr nach derjenigen des

[234]) Zu einer bloßen Schadlosbürgschaft oder zu einem „Garantievertrag" dürfte man den kumulativen Schuldübernahmevertrag wohl niemals stempeln können. Anderer Meinung darüber ist Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reich S. 334.

Urschuldners, die Verpflichtungen der beiden sind vielmehr in ihrer Existenz unabhängiger voneinander. Die Schuld des Übernehmers macht hier die Schwankungen der Schuld des Urschuldners nicht in so weit gehendem Maße mit, wie in dem Falle, daß die Parteien mit der kumulativen Schuldübernahme Bürgschaft gewollt haben. Auch der Regreß ist hier anders gestaltet als bei derjenigen kumulativen Schuldübernahme, welche Bürgschaft ist. Der Übernehmer kann hier dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die in seiner eigenen Person begründet sind. Bezüglich derjenigen Einwendungen, die sich aus dem Verhältnis des Übernehmers zum Urschuldner ergeben, ist zu unterscheiden, ob der kumulative Schuldübernahmevertrag (Solidarhaftungsvertrag) direkt mit dem Gläubiger oder auf einem anderen Wege, auf den ich nachher noch näher zu sprechen kommen werde, abgeschlossen ist. Im ersteren Falle kann der Übernehmer dem Gläubiger Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Urschuldner nicht entgegensetzen. Bei der Frage, ob der Übernehmer dem Gläubiger auch diejenigen Einwendungen entgegensetzen kann, welche der Urschuldner dem Gläubiger entgegensetzen kann, ist ebenfalls zu scheiden und zwar folgendermaßen: Da der Übernehmer natürlich in die Schuld so einrückt, wie sie ist, kann er dem Gläubiger auch alle Einwendungen des Urschuldners entgegensetzen, die in dem Moment der Übernahme bereits begründet waren. Ausgenommen davon sind aber solche Einwendungen, welche nur gerade in der Person des Urschuldners begründet sind, mit der Schuld selbst aber gar nichts zu tun haben. So dürfte wohl der Übernehmer eine dem Urschuldner zustehende Kompensationseinrede nicht geltend machen können, wohl aber dürfte er sich auf eine vor seinem Eintritt in die Schuld bereits begründete Verjährung der Obligation berufen. Ganz anders steht die Sache bei den später, d. h. erst nach der kumulativen Übernahme der Schuld begründeten Einwendungen. Von diesen Einwendungen wirken nach dem B.G.B. nur einige objektiv, während die anderen alle nur subjektiv wirken, wenigstens soweit sich aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt. Vielfach wird aber der Zweck des Schuldverhältnisses auf eine von der gesetzlichen Normierung divergierende Absicht der Parteien hindeuten. —

Für welche Art der Haftung wird man sich nun zu entscheiden haben, wenn die Parteien einerseits so juristisch und andererseits so

unjuristisch waren, von kumulativer Schuldübernahme irgendwo zu reden? Man braucht übrigens nicht zu befürchten, daß diese Ausdrucksweise sich allzu häufig finden wird, denn die Nichtjuristen werden den Ausdruck „kumulative Schuldübernahme" überhaupt nicht kennen und die Juristen werden ihn nicht gebrauchen[235]) und zwar deshalb nicht, weil nicht klar damit ausgesprochen wird, was man eigentlich will und meint[236]). Sollte aber trotzdem irgendwo der Ausdruck „kumulative Schuldübernahme" gebraucht sein, so muß man auf den Zweck, welchen die Parteien mit der kumulativen Schuldübernahme beabsichtigten, eingehen und aus ihm zu ernieren suchen, welche Art der Haftung wohl vernünftigerweise in den Intentionen der Parteien gelegen haben mag.

Die gewöhnliche Bürgschaft wird den Interessen der Parteien nur dann entsprechen, wenn der einzige Zweck der kumulativen Schuldübernahme derjenige der Sicherung des Gläubigers ist und dazu noch für den neuen Schuldner eine möglichst schonende Form der Haftung gefunden werden soll. Ob die Parteien ein pactum in favorem tertii oder einen direkten Vertrag beabsichtigten, ist unzweideutig daraus zu erkennen, ob der Übernehmer den kumulativen Schuldübernahmevertrag mit dem Urschuldner oder mit dem Gläubiger kontrahierte. Soll durch einen Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer eine kumulative Schuldübernahme herbeigeführt werden, so kann dieser Vertrag ja gar nichts anderes als ein pactum in favorem tertii sein, denn der Urschuldner handelt ja im eigenen Namen und nicht als Vertreter des Gläubigers. Die Parteien müssen aber natürlich gerade die Schuldübernahme selbst bereits in dem Vertrag mit dem Urschuldner kontrahiert haben, nicht etwa bloß die Verpflichtung zu einer demnächstigen Schuldübernahme. Und im allgemeinen wird man ja wohl erkennen können, ob die

---

[235]) Schollmeyer S. 395 möchte den Ausdruck „kumulative Schuldübernahme" ebenfalls vermieden wissen und dafür lieber von dem „Eintritt in eine Schuld als Mitschuldner" sprechen. Allein dieser Ausdruck ist schon deshalb nicht empfehlenswert, weil er zu eng gefaßt ist.

[236]) Vergl. dazu aber v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 391, welcher es für „zweckmäßig erachtet, die successive Begründung einer Gesamtschuld der Schuldübernahme zuzurechnen"; vergl. auch Crome ibid. S. 350, welcher ebenfalls meint, daß die bestärkende Schuldübernahme zweckmäßig bei der privativen eingeflochten werde.

Abmachung des Übernehmers mit dem Urschuldner schon die Übernahme selbst oder bloß die Verpflichtung des Übernehmers zur demnächstigen Übernahme involviert.

Auch die selbstschuldnerische Bürgschaft wird ebenso wie die gewöhnliche den Interessen der Parteien nur dann entsprechen, wenn der einzige Zweck der kumulativen Schuldübernahme derjenige der Sicherung des Gläubigers ist. Die Parteien werden dann aber selbstschuldnerische statt der gewöhnlichen Bürgschaft wählen, wenn die Sicherung des Gläubigers zugleich in der Weise bewirkt werden soll, daß eine etwas strengere Form der Haftung, als sie die gewöhnliche Bürgschaft gewährt, für den kumulativen Schuldübernehmer gefunden werden soll.

Anders steht die Sache bei der Solidarhaftung. Die Solidarhaft kann ebenso wie die gewöhnliche und selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung des Gläubigers dienen, sie kann aber auch noch ganz anderen Zwecken dienen. Ein Beispiel wird zeigen, was gemeint ist: Der A kauft sich ein Hofgut, um Land- und Forstwirtschaft zu betreiben, bleibt den Kaufpreis zunächst aber schuldig. Trotzdem wird das Eigentum auf ihn regelrecht übertragen. Nach einiger Zeit kommt der A zu der Überzeugung, es sei zweckmäßiger für ihn, den Betrieb gemeinschaftlich mit einem anderen zu führen. Er macht daher mit dem B aus, daß sie den Betrieb gemeinsam führen wollten. Jeder solle zur Hälfte am Gewinn und zur Hälfte am Verlust beteiligt sein. Das Hofgut wird nun aus dem Alleineigentum des A in das Miteigentum der beiden übertragen, so daß jeder ideell zur Hälfte daran berechtigt ist. Der A haftet nun für den Kaufpreis des Hofgutes, das ja noch nicht bezahlt ist, dem Gläubiger aus dem Kaufvertrag mit seinem ganzen Vermögen. Der B haftet zwar auch für den Kaufpreis aber nur in beschränkter Weise auf der gesetzlichen Grundlage des § 419 B.G.B. Nun ist es doch nicht mehr als billig, ja es ist im Interesse einer harmonischen und gleichmäßigen Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses nach innen und außen dringend erwünscht, daß der B, der ja sonst in allem dem A gleichsteht, ihm auch in der Schuldnerrolle gleichgestellt wird, d. h. einfach die Solidarhaftung übernimmt. Dann ist der B genau so wie der A Miteigentümer und genau so wie der A Mitschuldner (jetzt mit seinem ganzen Vermögen, also unbeschränkt). Auch die Ausgleichungspflicht zwischen den

beiden ist für den Fall der Solidarhaftung durch § 426 B.G.B. so geregelt, wie es in unserem Falle den Intentionen der Parteien, von denen ja jede materiell beteiligt ist, entspricht. In diesem Falle hat der Übernehmer die Solidarhaftung neben dem Urschuldner sicherlich nicht deshalb (rechtsgeschäftlich) übernommen, um dem Gläubiger größere Sicherheit zu bieten, denn dazu lag gar keine Veranlassung vor. Der Gläubiger hat schon durch § 419 B.G.B. dieselbe Sicherheit, welche er hatte, als das Hofgut noch im Alleineigentum des Urschuldners stand und weshalb dem Gläubiger ohne sein Verlangen auf einmal noch eine größere Sicherheit gegeben werden soll, als er früher hatte, ist nicht abzusehen, zumal der Gläubiger ja gar kein größeres Risiko dadurch übernimmt, daß der Urschuldner sich associert hat. Ebenso steht die Sache z. B. im folgenden Fall: Das Handelsgesetzbuch sagt, daß, wenn in eine bestehende offene Handelsgesellschaft, die etwa 50 höchst solvente Gesellschafter hat, als 51. ein nur wenig solventer Mensch eintritt, dieser 51. auch für die vor seinem Eintritt kontrahierten Schulden wie jeder andere als Solidarschuldner mithaftet. Hier liegt es klar auf der Hand, daß mit der Anordnung der Solidarhaftung ganz andere Zwecke verfolgt sind, als diejenigen, den Gläubiger zu sichern. Es ist nicht im entferntesten der Grund abzusehen, weshalb hier der Gläubiger auf einmal, wenn der 51. Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, eine größere Sicherheit brauchen sollte, als früher. Der Gläubiger übernimmt ja gar kein größeres Risiko, also verlangt und braucht er auch keine größere Sicherheit. Der 51. haftet hier als Solidarschuldner einfach deshalb, weil alle Gesellschafter so haften und er nicht besser gestellt sein soll wie die anderen.

Bürgschaft und selbstschuldnerische Bürgschaft dienen also, wie ich meine, einzig und allein dazu, dem Gläubiger größere Sicherheit zu bieten. Das spricht sich auch in der Accessorietät, Subsidiarität und vor allem in der Regelung des Regresses aus. Bei Anordnung der Solidarhaft dagegen kann man, wie ich meine, neben der Sicherung des Gläubigers, welcher die Solidarhaft ja oft dienen wird, auch noch ganz andere Zwecke im Auge haben. Das geht schon aus der Regelung des Regresses, wie sie § 426 B.G.B. trifft, hervor, denn in dieser Weise kann der Regreß nur dort geregelt sein, wo der zweite Schuldner nicht wie bei der gewöhnlichen oder

selbstschuldnerischen Bürgschaft bloß zur Sicherung des Gläubigers da ist, sondern auch selbst materiell beteiligt sein kann.

Man hat also zunächst zu unterscheiden, ob die Parteien mit der kumulativen Schuldübernahme nur Sicherung des Gläubigers oder etwas anderes bezweckt haben. Haben die Parteien lediglich ersteres mit der kumulativen Schuldübernahme bezweckt, so kann für die Ausdeutung derselben sowohl gewöhnliche als auch selbstschuldnerische Bürgschaft als auch Solidarhaft in Betracht kommen, denn alle drei können dem Zweck der Sicherung des Gläubigers dienen. Für welche von den drei Arten der Haftung hat man sich nun zu entscheiden, wenn feststeht, daß Sicherung des Gläubigers der einzige Zweck war und keine Anhaltspunkte für das Gewolltsein der einen oder anderen Art sprechen. Für gewöhnliche Bürgschaft möchte ich mich in diesem Falle nicht entscheiden und zwar deshalb nicht, weil dann, wenn ein Gläubiger doch einmal größere Sicherheit haben will, er sich vielfach mit einer gewöhnlichen Bürgschaft, bei welcher er noch die Umstände hat, zuerst den Hauptschuldner verklagen zu müssen, nicht zufrieden geben wird. Sodann ist auch der Ausdruck „Bürgschaft" im heutigen Geschäftsleben so allseitig bekannt und eingebürgert, daß die Parteien, wenn sie wirklich Bürgschaft meinen und wollen, dies auch zum Ausdruck bringen[237]). Dagegen meine ich, daß ein Gläubiger, welcher weiter nichts als sichergestellt sein will, sich sehr wohl, wenn ihm überhaupt Personalsicherung genügt, mit einem selbstschuldnerischen Bürgen zufrieden geben kann. Ich würde mich daher in diesem Falle für selbstschuldnerische Bürgschaft entscheiden[238]). Sie reicht, wie gesagt, für die Sicherung des Gläubigers — und das soll ja nur erreicht werden — völlig aus und überschießt nicht, wie dies bei der Solidarhaft der Fall sein kann, das Ziel, indem sie den Übernehmer über das Maß der Notwendigkeit hinaus haften läßt.

Ganz anders sieht die Sache aus, wenn der Zweck der Schuldübernahme ein anderer als derjenige der Sicherung des Gläubigers ist. In diesem Falle können für die Ausdeutung der kumulativen

---

[237]) So auch v. Blume, Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 427.

[238]) Im Resultat so auch Herz S. 30 nur mit dem Unterschied, daß er die Bürgschaft nicht mehr kumulative Schuldübernahme nennen, diese Bezeichnung vielmehr für die Gesamtschuld reservieren will.

Schuldübernahme gewöhnliche Bürgschaft und selbstschuldnerische Bürgschaft gar nicht in Betracht kommen da sie eben lediglich dem Zwecke der Sicherung des Gläubigers dienen[239]). Hier werden die Parteien wohl Solidarhaft gewollt haben.

Unter Umständen kann sich vielleicht auch daraus, ob die Parteien Schriftform gewählt haben oder nicht, in Verbindung mit anderem ein Argument für die eine oder andere der drei Arten der Haftung ergeben. Für die gewöhnliche und selbstschuldnerische Bürgschaft ist nämlich Schriftlichkeit des Versprechens Vorschrift, die Solidarhaft dagegen ist formlos. Man wird jedoch aus dem Fehlen oder Vorhandensein der Schriftform nicht allzuviel schließen dürfen. So wird man vor allen Dingen nicht sagen dürfen, hier liegt Schriftform vor, also ist Bürgschaft oder selbstschuldnerische Bürgschaft, nicht aber Solidarhaft gewollt. Ein solcher Schluß wäre deshalb falsch, weil heutzutage wohl alle nur einigermaßen wichtigen Verträge ohne Unterschied, ob Schriftform dafür vorgeschrieben ist oder nicht, schriftlich niedergelegt werden.

Umgekehrt läßt sich unter Umständen, namentlich bei rechtskundigen Parteien, vielleicht daraus, daß die Parteien formlos paktiert haben, schließen, daß Solidarhaft und nicht Bürgschaft gewollt war[240]). Vorsicht ist hier jedoch dringend geboten.

Man muß sich auch hüten, ohne weiteres etwa so zu argumentieren: Hier haben die Parteien zwar zweifellos Bürgschaft gewollt, sie haben aber die Schriftform vergessen, daher wird das Geschäft

---

[239]) So auch Herz S. 27, welcher übrigens nachzuweisen sucht, daß die kumulative Schuldübernahme immer nur Gesamtschuld sein könne.

[240]) Die Formlosigkeit der kumulativen Schuldübernahme ist für Herz S. 29 (unten) ein Argument dafür, daß die kumulative Schuldübernahme niemals Bürgschaft, sondern immer nur Soliderhaft sein könne. Allein der Beweisführung Herzs dürfte, wie ich glaube, in diesem Punkt eine petitio principii unterlaufen sein. Herz will beweisen, daß die kumulative Schuldübernahme niemals Bürgschaft, sondern immer nur Solidarhaft sei und führt als ersten Satz in dieser Beweisführung den an, daß die kumulative Schuldübernahme einer Form nicht unterliege. Fragt man Herz nun aber, weshalb die kumulative Schuldübernahme keiner Form bedürfe, so erhält man als Antwort — das geht aus dem ganzen Zusammenhang der Herzschen Ausführungen untrüglich hervor — die kumulative Schuldübernahme bedarf deshalb keiner Form, weil sie Solidarhaft ist. Aber diesen Satz, daß die kumulative Schuldübernahme immer nur Solidarhaft sei, wollte Herz ja gerade dadurch beweisen, daß er Formlosigkeit für sie in Anspruch nahm.

nach § 139 B.G.B. in eine Solidarhaft konvertiert. Ein solcher Wille der Parteien kann ja, muß aber nicht gegeben sein, und ist jedenfalls nicht ohne weiteres zu vermuten[241]).

Die Ansichten der Theorie und Judikatur über die Natur der kumulativen Schuldübernahme gehen sehr auseinander. Die einen sehen in ihr ein Gesamtschuldverhältnis[242]), die anderen eine bloße Bürgschaft in der einen oder anderen Form[243]). So hat kürzlich das Oberlandesgericht in Celle in seinem Urteil vom 28. November 1901 entschieden, daß die kumulative Schuldübernahme keine Bürgschaft, daß sie vielmehr von der Bürgschaft durchaus verschieden sei. Gerade entgegengesetzt hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 20. März 1902 entschieden, daß die kumulative Schuldübernahme selbstschuldnerische Bürgschaft sei, da sie mit ihr die größte Ähnlichkeit habe. Diese Gegensätzlichkeit in den Entscheidungen der Gerichte darf uns nicht verblüffen, sie ist vielmehr ganz naturgemäß und durch innere Notwendigkeit geboten. Man kann eben nicht ein für allemal in abstracto sagen, die kumulative Schuldübernahme ist das und nicht das. Im einen Fall ist sie dieses, in einem anderen Fall wieder jenes[244]). Was sie ist, bestimmt sich danach, was die Parteien im konkreten Einzelfall gerade damit gewollt haben, und das kann sehr verschiedenartig sein. Wenn es z. B. im § 130 H.G.B. hieße, auf den neueintretenden Gesellschafter gingen kraft Gesetzes die Schulden kumulativ über, so würde ich keinen Augenblick zögern, zu sagen, hier haftet der Übernehmer als Solidarschuldner. Wenn es dagegen im § 778 B.G.B., wo es sich offensichtlich nur um eine Sicherstellung des Gläubigers handelt, etwa hieße, die von dem dritten kontrahierte Verbindlichkeit ginge kraft Gesetzes auf den Auftrag-

---

[241]) So im Resultat auch Herz S. 31 Bd. 2.

[242]) So Dernburg Bd. 2 S. 355, Hölder Bd. 2, 1 S. 395, 396, Crome Bd. 2 S. 350, Schollmeyer S. 396, Schurter S. 345, 375 (unten), 376, 387 (daß Schurter in jeder kumulativen Schuldübernahme immer ein Gesamtschuldverhältnis erblickt, geht deutlich aus der Bemerkung S. 375 hervor: „wenn es den Parteien einfallen sollte, dem Gläubiger einen zweiten Hauptschuldner zu geben."

[243]) So Oertmann S. 133, (§ 773, 1 B.G.B.), v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 426 (§ 773, 1 B.G.B.), Bendix S. 330 (§ 773, 1 B.G.B.).

[244]) So auch Matthias, welcher zutreffend sagt: Die kumulative Schuldübernahme könne je nach den Umständen Gesamtschuld oder Bürgschaft (S. 462) oder auch Vertrag zugunsten eines Dritten (463) sein.

geber kumulativ über, so würde ich ebensowenig zögern, zu sagen, hier haftet der Übernehmer bloß als Bürge. Die Zwecke, die man mit der kumulativen Schuldübernahme verfolgt, sind eben im ersten Falle ganz andere wie im zweiten Fall.

Vielfach findet man in der Literatur[245]) auch die Meinung vertreten, daß die kumulative Schuldübernahme ein pactum in favorem tertii sei, indem sich der Übernehmer zugunsten des Gläubigers dem Urschuldner gegenüber verpflichte[246]). Sie gebe ja dem Gläubiger zu dem bisherigen Schuldner noch einen weiteren Schuldner hinzu, erweise ihm also jedenfalls einen favor. Gewiß, die kumulative Schuldübernahme kann ein pactum in favorem tertii sein. Das ist ohne weiteres zuzugeben[247]). Aber es liegt hier ein Mißverständnis sehr nahe, und vor ihm muß man sich hüten. Das pactum in favorem tertii als solches allein für sich genommen kann nun und nimmer ein kumulatives Schuldübernahmeverhältnis begründen. Wenn der A dem C 1000 schuldet und der B verspricht, dem A gegenüber durch ein regelrechtes pactum in favorem tertii dem C ebenfalls 1000 zu zahlen, so hat doch der B damit nicht die Schuld des A kumulativ übernommen. Hier ist die Sache doch vielmehr so, daß der C von A 1000 verlangen kann und völlig unabhängig davon zugleich auch noch von B, zusammen also 2000. Läge wirklich kumulative Schuldübernahme vor, so könnte der C im ganzen doch nur 1000 fordern, indem zwar sowohl der A als auch der B, jeder auf 1000, haften, der C die Summe aber nur einmal verlangen kann. Es liegt

---

[245]) Vergl. dazu Kipp, Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 336 ff., 346 (Reichsgerichtsurteil), 349, 355, 357.

[246]) So z. B. Enneccerus-Lehmann S. 496, Plank Bd. 2 S. 200, Krettner S. 14, Hölder Bd. 2, 1 S. 395, 396, Oertmann S. 133, Schollmeyer S. 396, Fluhme S. 96.

[247]) Rosbund ibid. S. 13, 32 möchte sich wenigstens für den Fall des § 416 — denn nur von ihm spricht er — gegen die Subsumierung der kumulativen Schuldübernahme unter die pacta in favorem tertii deshalb aussprechen, weil die Parteien durch eine kumulative Schuldübernahme den Gläubiger nur um ihrer selbst willen, nur „im Interesse ihrer eigenen wirtschaftlichen Lage", keineswegs aber deswegen begünstigten, weil sie dem Gläubiger ohne Rücksicht auf ihr eigenes Interesse einen Vorteil zuwenden wollten. Schurter S. 382 will deshalb die Kategorie der Verträge zugunsten Dritter für unanwendbar auf die kumulative Schuldübernahme erklären, weil dadurch ein neuer Schuldgrund geschaffen würde.

hier also unleugbar ein regelrechtes pactum in favorem tertii vor — der B hat dem A gegenüber versprochen, dem C 1000 zu geben — und trotzdem kann hier von einer kumulativen Schuldübernahme nicht im entferntesten die Rede sein. Das pactum in favorem tertii für sich allein kann also kumulativen Schuldübergang niemals begründen, sonst müßte hier eine kumulative Schuldübernahme vorliegen, denn es ist hier ja ein regelrechtes pactum in favorem tertii gegeben. Es muß also jedenfalls zu dem pactum noch etwas hinzutreten. Wir werden im folgenden sehen, was das ist. Von kumulativer Schuldübernahme kann man doch nur da reden, wo es sich um ein und dieselbe Schuld handelt, für welche nur zwei Schuldner in irgend einer Weise einstehen. Mit anderen Worten, zwischen der Verpflichtung des Urschuldners und derjenigen des kumulativen Übernehmers muß ein Konnex bestehen und dieser Konnex ist es, welcher bei dem pactum in favorem tertii, das pactum für sich allein genommen, fehlt. Der Konnex ist aber leicht hineinzubringen. Durch das pactum in favorem tertii verspricht in unserem Falle der B dem A gegenüber etwas, was dem C zugute kommen soll. Damit nun Konnex zwischen der Verpflichtung des A und derjenigen des B, oder anders ausgedrückt, damit eine kumulative Schuldübernahme entsteht, darf die Verpflichtung, welche der B in dem pactum in favorem tertii übernimmt, nicht einfach dahin lauten, dem C 1000 zu geben, sie muß vielmehr dahin gehen, dem C für die 1000, die ihm der A schuldet, gewöhnlicher oder selbstschuldnerischer Bürge oder Solidarschuldner zu sein. Der kumulative Übernehmer muß also in einem pactum in favorem tertii Bürgschaft, selbstschuldnerische Bürgschaft oder Solidarhaft übernehmen. Es ist somit nicht das pactum in favorem tertii dasjenige, was die kumulative Schuldübernahme begründet, sondern die Bürgschaft oder Solidarhaft, welche darin übernommen wird, ist es. Das pactum in favorem tertii kommt dabei nur insoweit in betracht als die Bürgschaft oder Solidarhaft ebensogut, wie sie in einem direkten Vertrag des kumulativen Übernehmers mit dem Gläubiger, so auch durch ein pactum in favorem tertii übernommen werden kann. Und daß dieses letztere konstruktionell möglich ist, daran kann man wohl kaum zweifeln. Die Worte „gegenüber dem Gläubiger" im § 765 Abs. 1 B.G.B. stehen damit auch keineswegs im Widerspruch, denn durch diese Worte soll nur ausgedrückt werden, daß der Gläubiger, und nicht der Hauptschuldner

das Recht hat, vom Bürgen die Leistung zu verlangen. Es soll aber dadurch keineswegs ausgedrückt werden, daß nur der Gläubiger Versprechensempfänger sein könne. Auch § 328 Abs. 1 B.G.B. steht mit dieser Auffassung durchaus im Einklang. Es heißt dort: „durch Vertrag kann eine Leistung bedungen werden" d. h. also jede beliebige Leistung, die überhaupt rechtlich ausbedungen werden kann. Der Übernehmer verpflichtet sich eben dem Urschuldner gegenüber, dem Gläubiger des Urschuldners je nachdem als Bürge für den Urschuldner oder als Solidarschuldner neben dem Urschuldnerzu haften. Natürlich muß der Übernehmer dem Urschuldner gegenüber die Bürgschaft selbst übernehmen und nicht bloß dem Urschuldner versprechen, für ihn beim Gläubiger einstehen zu wollen. Ich möchte in diesem Zusammenhang noch bemerken, daß es meiner Ansicht nach trotz der durch das B.G.B. statuierten Vertragsfreiheit nicht möglich ist, daß die Parteien, woran man ja denken könnte, überhaupt keinen dieser drei Haftungstypen gewollt, sondern sich selbständig und frei aus ihrer rechtsschöpferischen Phantasie heraus eine besondere unter keine gesetzliche Schablone zu bringende Haftungsform für den kumulativen Übernehmer geschaffen haben. Dies halte ich deshalb für ausgeschlossen, weil bei der kumulativen Schuldübernahme, wie wir oben gesehen haben, notwendig der besprochene Konnex bestehen muß, dieser Konnex zwischen der Verpflichtung des Urschuldners und derjenigen des Übernehmers aber nur gegeben ist, wenn eine dieser drei Haftformen vorliegt.

Ist der kumulative Schuldübernahmevertrag in der Form eines pactum in favorem tertii abgeschlossen, so hat der kumulative Übernehmer gegen den Gläubiger die Einwendungen, welche sich aus seinem Verhältnis zum Urschuldner ergeben. Ich erinnere daran, daß wir früher im sonst gleichen Falle bei dem zwischen Übernehmer und Gläubiger direkt abgeschlossenen Vertrag dem Übernehmer die Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Urschuldner dem Gläubiger gegenüber versagten. Diese Verschiedenheit rechtfertigt sich daraus, daß im ersten Falle der Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger juristisch mit der Abmachung zwischen Urschuldner und Übernehmer gar nichts zu tun hat, vielmehr als etwas ganz selbständiges hinzutritt, mit einem Wort, daß das Recht des Gläubigers überhaupt gar nicht auf dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, sondern auf dem Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger beruht, während im zweiten Falle im Vertrag zwischen Urschuldner und

Übernehmer auch schon die Schuldübernahme des Übernehmers enthalten ist, überhaupt das Recht des Gläubigers auf dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer beruht. Dieser Grundsatz ist vom B.G.B. übrigens auch im § 334 ausdrücklich anerkannt und ausgesprochen worden.

Wir haben in den bisherigen Erörterungen gesehen, daß es theoretisch sehr wohl möglich ist, durch ein pactum in favorem tertii eine kumulative Schuldübernahme herbeizuführen. Wir wollen nunmehr im folgenden sehen, ob die Parteien im praktischen Leben diesen Weg auch wirklich manchmal einschlagen werden. Vielfach werden die Vorgänge, welche der kumulativen Schuldübernahme vorangehen, doch die folgenden sein: Der Urschuldner wird von seinem Gläubiger bedrängt. Ließe der Gläubiger dem Urschuldner jetzt etwas Luft, dann könnte sich der Urschuldner vielleicht wieder etwas erholen und seinen Verpflichtungen langsam nachkommen. Der Gläubiger will aber jetzt nur dann vom Urschuldner ablassen, wenn der Urschuldner ihm hinreichende Sicherheit dafür bietet, daß er dadurch keinen Schaden erleidet. Der Urschuldner wendet sich nun an einen anderen und macht mit diesem ab, er solle für ihn z. B. Bürge bei seinem Gläubiger werden, er wolle ihm dafür ein Entgelt von 1000 Mk. zahlen ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger ihn, den Bürgen, in Anspruch nehme, ob er also überhaupt an den Gläubiger für den Urschuldner zahlen müsse oder nicht. Der eine soll hier also 1000 Mk. zahlen und der andere soll dafür eine Bürgschaft übernehmen. Das einfachste, naturgemäßeste und naheliegendste ist nun das, daß Urschuldner und Übernehmer einen Vertrag abschließen, worin erstens der Urschuldner sich verpflichtet, 1000 Mk. zu zahlen und zweitens der Übernehmer die Bürgschaft übernimmt, aber bereits die Bürgschaft selbst, nicht bloß die Verpflichtung zur demnächstigen Übernahme der Bürgschaft. Die Sache liegt hier genau so, wie bei einem Lebensversicherungsvertrag, den ein Vater mit einer Versicherungsgesellschaft dahin abschließt, daß diese bei seinem Tode seiner hinterbliebenen Familie eine gewisse Summe auszahlen solle. Da verpflichtet sich auch in ein und demselben Vertrag erstens der Vater gegenüber der Lebensversicherungsgesellschaft, ihr so und so viel an Prämien zu zahlen, und zweitens die Gesellschaft dem Vater gegenüber, demnächst an die Hinterbliebenen so und so viel auszuzahlen. Wohl gemerkt die Versicherungsgesellschaft verpflichtet sich nicht erst dem Vater

gegenüber dazu, sich demnächst den Hinterbliebenen gegenüber zur Auszahlung der Versicherungssumme zu verpflichten, und übernimmt dann erst in Erfüllung dieser ersten Verpflichtung den Hinterbliebenen gegenüber die Verpflichtung zur Auszahlung der Summe, sondern sie verpflichtet sich direkt ohne weiteres dem Vater gegenüber zur Auszahlung der Summe an dessen Hinterbliebenen. Genau so verpflichtet sich auch der Übernehmer nicht erst dazu, demnächst Bürge zu werden, sich also demnächst zu verpflichten, sondern er wird gleich ohne weiteres Bürge, verpflichtet sich also auch gleich ohne weiteres. Man könnte nun denken, in dem Umstand, daß der Übernehmer bereits Bürge ist, ohne auch sein Entgelt schon dafür zu haben, läge eine Gefahr für den Übernehmer, denn er könne als Bürge zur Zahlung herangezogen werden, seinerseits also leisten müssen, ohne daß ihm vom Urschuldner auch schon geleistet sei. Allein dem ist nicht so. Der Übernehmer hat ja, wie wir gesehen haben, die aus seinem Verhältnis zum Urschuldner resultierenden Einwendungen, er kann also seinerseits die Leistung so lange verweigern, bis ihm Zug um Zug auch geleistet ist.

Sollte der Gläubiger nach § 333 B.G.B. die Bürgschaft des Übernehmers zurückweisen, so gilt die Bürgschaft als überhaupt nicht entstanden. In diesem Falle braucht der Urschuldner dem Übernehmer natürlich auch das Entgelt nicht zu zahlen und sollte er es bereits gezahlt haben, so kann er es mit der conditio causa data causa non secuta zurückfordern. Es ist daher vielleicht zweckmäßig, daß der Urschuldner mit der Auszahlung des Entgelts so lange wartet, bis er sicher weiß, daß der Gläubiger die Bürgschaft nicht zurückweist.

Und darüber wird er ja bald Gewißheit erlangen, denn er wird doch den Gläubiger sofort von dem Abschluß der Bürgschaft in Kenntnis setzen und der Gläubiger wird sich auch bald dazu erklären. Übrigens wird die Sache vielfach so sein, daß der Urschuldner den Gläubiger schon im voraus darüber fragt, ob ihm der und der als Bürge genehm sei. In dieser Regelung der Dinge liegt also keine Gefahr.

Anders sieht die Sache dann aus, wenn der Übernehmer in dem Vertrag mit dem Urschuldner nur die Verpflichtung zur Bürgschaftsübernahme, die Bürgschaft selbst dagegen erst daraufhin in einem direkten Vertrag mit dem Gläubiger übernommen hat. Wenn

hier Zug um Zug erfüllt wird, sind alle Mißlichkeiten vermieden. Aber das wird sich nicht in allen Fällen bewerkstelligen lassen, vielmehr wird der eine oder andere vielfach vorleisten müssen. Leistet der Urschuldner vor, zahlt er also im voraus das Entgelt, so kann es vorkommen, daß der Übernehmer, nachdem er das Entgelt empfangen hat, sich weigert, nun auch seinerseits zu leisten, nämlich die Bürgschaft zu übernehmen. Der Urschuldner kann ja zwar in diesem Falle den Übernehmer zur Übernahme zwingen, aber bis er eine erfolgreiche Klage gegen den Übernehmer durchgeführt hat, vergeht vielleicht eine geraume Zeit. Es kann also der Fall eintreten, daß der eine bereits seit langer Zeit geleistet, der andere aber noch nicht geleistet hat, somit die Pflichttreue des einen Kontrahenten mit einer wirtschaftlichen Schädigung desselben vom andern Kontrahenten erwidert wird. Ebenso steht es im umgekehrten Falle. Leistet nämlich der Übernehmer vor, übernimmt er also im voraus die Bürgschaft, so ist es möglich, daß sich der Urschuldner weigert, nun auch seinerseits zu leisten, nämlich das Entgelt zu zahlen. Dann ist der Übernehmer bereits Bürge und kann als solcher schon an den Gläubiger Zahlung leisten müssen, ohne auch das Entgelt für die Bürgschaftsübernahme schon zu haben, und das deshalb, weil hier der Übernehmer ja, wie wir gesehen haben, dem Gläubiger gegenüber die Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Urschuldner nicht hat.

Wir sehen also, daß die Parteien vielfach ein Interesse daran haben, die kumulative Schuldübernahme gerade in Form eines pactum in favorem tertii abzuschließen.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß die Parteien, wenn sie die kumulative Schuldübernahme in dieser Form abschließen, nicht die Befugnis haben, das dem Gläubiger zugewendete Recht ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben oder abzuändern.

In diesem Zusammenhang, denn er scheint mir der geeignetste zu sein, möchte ich noch kurz auf die in der Literatur so vielfach erörterte Frage eingehen, ob man die privative Schuldübernahme auch als ein pactum in favorem tertii auffassen könne[248]). Das Reichsgericht hat diese Frage einmal in seinem Urteil vom 10. Februar 1882

---

[248]) Vergl. dazu auch v. Blume, Novation ꝛc. S. 114, 115 und Kipp in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 345 ff., 354.

bejaht[249]). Für das B.G.B. ist die Frage jedenfalls zu verneinen[250]). Das geht unter vielem anderen — wir haben ja früher schon davon gesprochen — auch daraus hervor, daß das B.G.B. von der privativen Schuldübernahme und dem „Versprechen der Leistung an einem Dritten" in räumlich ganz gesonderten Abschnitten handelt. Wir haben uns hier also lediglich de lege ferenda mit der Frage zu befassen. Die weitaus überwiegende Ansicht geht heutzutage dahin, daß die Frage zu verneinen sei. Ich möchte mich dieser Ansicht anschließen, wenn ich auch in der Begründung meiner Auffassung an einigen Stellen von der herrschenden Ansicht abweiche. Unter den Gründen, welche gegen die Möglichkeit, die Schuldübernahme als pactum in favorem tertii zu konstruieren, angeführt werden, ist vielfach[251]), so auch in den Motiven zum B.G.B.[252]), die Erwägung zu finden, daß bei einem pactum in favorem tertii das Recht des Gläubigers gegen den neuen Schuldner ein anderes als das bisherige Gläubigerrecht, von diesem objektiv verschieden sei, womit das Prinzip der Sondernachfolge preisgegeben sei. Diesem Einwand kann ich nicht beipflichten. Der Grund, weshalb es bei einem als pactum in favorem tertii konstruierten Schuldübernahmevertag überhaupt zu einer Haftung für den Übernehmer kommt, ist zunächst allerdings nicht das Schuldverhältnis des Urschuldners, sondern eben der Vertrag zugunsten des Gläubigers. Ist dieses pactum in favorem creditoris aber einmal abgeschlossen, dann haftet der Übernehmer aus der Schuld des Urschuldners. Die Sache liegt hier genau ebenso, wie bei einem nach § 414 oder § 415 B.G.B. abgeschlossenen Schuldübernahmevertrag. Auch bei einer Schuldübernahme nach § 414 oder § 415 ist der Grund, weshalb es für den Schuldübernehmer überhaupt zu einer Haftung kommt, zunächst nur der nach diesen beiden

---

[249]) Entsch. d. Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 7 S. 131.

[250]) So auch Endemann Bd. 1 S. 549 Anm. 8, 682, Plank Bd. 2 S. 200, Matthias Bd. 1 S. 467, Hölder Bd. 2, 1 S. 402, Oertmann S. 135, Heilfron Bd. 2 S. 357, Kuhlenbeck B.G.B. Bd. 1 S. 290, 291, Scherer, Obl. d. B.G.B. S. 365 Nr. 5, Schollmeyer S. 402, Tränkner S. 594, Schurter S. 312, 313, Bendix S. 331, Fluhme S. 36, Krettner S. 15 (mit Modifikationen).

[251]) v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 399, Schurter S. 312, vergl. auch Hellwig ibid. S. 200 ff.

[252]) Motive B.G.B. Bd. 2 S. 144.

Paragraphen abgeschlossene Schuldübernahmevertrag, nicht aber schon das Schuldverhältnis des Urschuldners. Erst wenn der Schuldübernahmevertrag nach § 414 oder § 415 B.G.B. fix und fertig abgeschlossen ist, haftet der Übernehmer aus der Schuld des Urschuldners, nämlich aus Kauf, Darlehen ꝛc.[253]). In beiden Fällen, sowohl bei der Schuldübernahme nach § 414 oder § 415 B.G.B. als auch bei der als pactum in favorem tertii konstruierten ist die Art und Weise, wie die Verpflichtung des Übernehmers begründet wird, doch etwa die folgende: der Übernehmer erklärt, der Gläubiger solle den Urschuldner aus der Schuld entlassen und ihn, den Übernehmer, an die Stelle des Urschuldners in die Schuld setzen, er wolle an Stelle des Urschuldners dem Gläubiger aus der Schuld haften. Im Falle des § 414 B.G.B. wird diese Erklärung vom Übernehmer dem Gläubiger gegenüber abgegeben und vom Gläubiger acceptiert. Im Falle des § 415 B.G.B. wird diese Erklärung nach der Theorie des B.G.B. dem Urschuldner gegenüber abgegeben, von ihm acceptiert und dieser Vertrag dann hinterher vom Gläubiger genehmigt, nach unserer Theorie dagegen wieder wie im Falle des § 414 B.G.B. dem Gläubiger gegenüber abgegeben und von ihm acceptiert. Wenn nun die Schuldübernahme als pactum in favorem tertii konstruiert ist, so wird die fragliche Erklärung vom Übernehmer dem Urschuldner gegenüber abgegeben und vom Urschuldner zugunsten des Gläubigers acceptiert. Der Übernehmer verspricht dann eben dem Urschuldner gegenüber, daß er an seiner, des Urschuldners Stelle, dem Gläubiger aus der Urschuld, aus welcher der Urschuldner ja zu entlassen ist, haften wolle. Es ist doch, wie ich meine, ganz offensichtlich, daß der angeführte Einwand hier nicht zutrifft. Ebenso wie die Schuld bei der Schuldübernahme nach § 414 und § 415 B.G.B. genau dieselbe geblieben ist und nur einen Wechsel im Passivsubjekt erlitten hat, genau ebenso ist auch bei der als pactum in favorem tertii konstruierten Schuldübernahme die Schuld dieselbe geblieben und nur in bezug auf ihren Passivträger alteriert worden.

Dieses Argument spricht also keineswegs gegen die Möglichkeit, die Schuldübernahme als pactum in favorem tertii zu konstruieren. Es gibt aber andere Gründe, welche eine solche Konstruktion als ausgeschlossen erscheinen lassen. Durch die privative Schuldübernahme

---

[253]) Vergl. dazu v. Blume, Novation ꝛc. S. 44.

erleidet der Gläubiger uno actu einen Gewinn und einen Verlust. Er erhält zwar einen neuen Schuldner, verliert dafür aber auch seinen alten[254]). Bei dem pactum in favorem tertii liegt die Sache aber doch so, daß der bisherige Vermögensstand des Gläubigers völlig intakt bleibt und der Gläubiger ein Recht auf eine Leistung noch hinzu erhält. Mathematisch ausgedrückt wird sich das Vermögen des Gläubigers, welches vor Abschluß des pactum in favorem tertii etwa m betragen hat, nach Abschluß des pactum auf m + 1 beziffern. In unserem Falle beträgt aber das Vermögen des Gläubigers nach Abschluß des pactum in favorem tertii m + 1 — 1 = m. und so weiter. Wir haben vorhin gesagt, daß bei einem wahren pactum in favorem tertii das bisherige Vermögen des Gläubigers völlig intakt bleiben und noch etwas hinzutreten müsse. In unserem Falle ist aber das bisherige Vermögen des Gläubigers keineswegs intakt geblieben. Bisher war die Obligation a im Vermögen des Gläubigers, sie ist zwar auch noch nach vollzogener Schuldübernahme darin, aber früher stand in ihr der Schuldner S, jetzt steht in ihr der Schuldner S_1. Somit ist das Vermögen doch nicht intakt geblieben. Es hat sich zwar nicht verringert, aber das ist auch gar nicht nötig, ja darf sogar gar nicht einmal der Fall sein. Es darf sich nicht nur nicht verringern, es muß sogar bei dem wahren pactum in favorem tertii völlig intakt bleiben.

Zu dem bisherigen Vermögen muß ein Zuwachs hinzutreten. Das ist in unserem Fall auch nicht gegeben. Die Forderung a ist nach vollzogener Schuldübernahme im Vermögen des Gläubigers drin, sie war aber auch schon vorher drin, nur mit einer anderen Person auf ihrer Passivseite.

Sodann passen auch zahlreiche Normen, welche von dem pactum in favorem tertii gelten, nicht im mindesten auf die Schuldübernahme. Bei jedem wahren pactum in favorem tertii kann man vernünftigerweise zunächst darüber zweifelhaft sein, ob der Dritte ein direktes Recht auf die Leistung erworben hat oder nicht. Der Gläubiger kann eben sehr wohl ein direktes Recht erworben haben, es ist aber ebensogut auch möglich und denkbar, daß er kein direktes Recht er-

---

[254]) Motive z. B.G.B. Bd. 2 S. 144, Cosack S. 378, Krettner S. 16 Anders v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 399 Anm. 2; vergl. dazu auch das Urteil bei Kipp, Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 345, 349.

langt hat. Beides kann vorkommen und kommt auch oft vor. Bei der Schuldübernahme dagegen kann man die Frage, ob der Gläubiger ein direktes Recht gegen den Übernehmer erworben hatte oder nicht, vernünftigerweise gar nicht aufwerfen. Der Gläubiger hat ein direktes Recht gegen den Urschuldner, der Übernehmer succediert in die Schuld, also hat der Gläubiger ein solches Recht auch gegen den Übernehmer. Und hätte der Gläubiger kein direktes Recht gegen den Übernehmer erworben, so läge eben überhaupt keine Schuldübernahme, sondern etwas ganz anderes vor. Man kann eben bei der privativen Schuldübernahme einfach gar nicht auf den Gedanken kommen, daß der Gläubiger ein direktes Recht gegen den Übernehmer nicht erworben haben sollte. Der Gläubiger muß bei der privativen Schuldübernahme immer und stets ein direktes Recht erwerben. Etwas anderes ist vorn vonherein unmöglich.

Das Charakteristische des pactum in favorem tertii nicht bloß de lege lata, sondern auch de lege ferenda besteht doch der innersten Natur desselben entsprechend darin, daß der Gläubiger aus der Abmachung zweier ganz fremder Personen ohne sein Zutun, ja ohne es vielleicht zu wissen, ein Recht erwirbt. In unserem Falle soll nun aber, wie wir gesehen haben, der Gläubiger zwar einen neuen Schuldner gewinnen, dafür aber auch uno actu seinen alten verlieren. Er soll also einen Tausch in der Person seiner Schuldner machen und zwar, wohl gemerkt, uno actu. Es ist nun ganz klar, daß es hier ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht abgehen kann. Der Gläubiger muß in irgendeiner Weise um sein Einverständnis angegangen werden. Man kann nun aber nicht sagen: zunächst geht der Schuldnerwechsel einmal vor sich. Ist dann der Gläubiger nicht damit einverstanden, so kann er hinterher den Schuldnerwechsel zurückweisen, und es tritt dann mit rückwirkender Kraft der alte Zustand wieder ein. Wollte man so sagen, so hätte man allerdings das Charakteristische des pactum in favorem tertii gewahrt, man hätte dadurch aber einen Satz anerkannt, der praktisch ungefähr gleichbedeutend damit wäre, daß bis zum Beweis des Gegenteils durch eine ausdrückliche Zurückweisung seitens des Gläubigers die Vermutung bestehe, daß der Gläubiger mit jedem beliebigen Wechsel in der Person seiner Schuldner einverstanden sei. Keine vernünftige Rechtsordnung kann aber von einer solchen Vermutung ausgehen, denn es ist doch im höchsten Grade unvernünftig bis zum Beweise

des Gegenteils vorläufig einmal anzunehmen, daß dem Gläubiger der eine Schuldner so lieb ist wie der andere. Die Bedeutung des § 333 B.G.B. bestände dann darin, den Gläubiger vor Nachteilen, welche ihm aus dem Schuldnerwechsel entstehen können — und solche können ja zweifellos entstehen — zu schützen. Der § 333 B.G.B. hat aber in Wirklichkeit keineswegs diese Aufgabe, denn von Nachteilen kann ja bei dem pactum in favorem tertii gar nicht die Rede sein, er hat vielmehr nur die Aufgabe, dem Gläubiger ein Mittel an die Hand zu geben, um Vorteile, wohlgemerkt Vorteile, welche ihm ohne seinen Willen, ja vielleicht ohne sein Wissen aufgedrängt sind, wieder los zu werden. Rechtsveränderungen, welche für jemanden lediglich einen Vorteil im Gefolge haben, kann man sehr wohl zunächst einmal, ohne den davon Betroffenen vorher um sein Einverständnis gefragt zu haben, eintreten lassen, und die Anschauung, welche dem zugrunde liegt, nämlich daß bis zum Beweise des Gegenteils durch eine ausdrückliche Zurückweisung des erworbenen Vorteils seitens des Erwerbers die Vermutung besteht, daß jeder sich Vorteile gern gefallen läßt, ist eben ganz sinn- und naturgemäß. Dagegen ist es im höchsten Grade sinnwidrig und unnatürlich, Rechtsveränderungen, welche auch einen Nachteil im Gefolge haben können, zunächst einmal, ohne den davon Betroffenen vorher um sein Einverständnis gefragt zu haben, eintreten zu lassen und den Betroffenen im endgültigen Resultat nur dadurch vor Nachteilen zu schützen, daß man ihm das Recht gibt, die bereits eingetretenen Rechtsveränderungen wieder rückgängig zu machen. Es bleibt also weiter nichts übrig als zu sagen, der Gläubiger muß durch Erklärung seines Einverständnisses den Schuldnerwechsel überhaupt erst zustande bringen, mit anderen Worten, der Gläubiger muß mitkontrahieren. Damit ist aber das Charakteristische des pactum in favorem tertii preisgegeben.

Und nun zuletzt noch eine Erwägung, welche gegen die Subsumierung der privativen Schuldübernahme unter die Kategorie der pacta in favorem tertii spricht. Wäre die privative Schuldübernahme ein pactum in favorem tertii, so könnte nach § 334 B.G.B. — und dieser Paragraph ist keine bloße Marotte des B.G.B., sondern tief in der Natur der pacta in favorem tertii begründet — der Übernehmer dem Gläubiger Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Urschuldner entgegensetzen. Auf eine solche Schuldübernahme könnte aber vernünftigerweise kein Gläubiger eingehen. Der § 334

B.G.B. ist eben, wie überhaupt die Normen über das pactum in favorem tertii, auf ganz anders geartete Fälle als die privative Schuldübernahme einer ist, zugeschnitten. Der § 334 B.G.B. kann unbedenklich bei den wahren pacta in favorem tertii Anwendung finden, wo wie z. B. bei der Ausbedingung eines Trinkgeldes für den Knecht im Falle des Pferdeverkaufs der Gläubiger (der Knecht), ohne irgendwie einen Verlust erleiden zu müssen, lediglich einen reinen Vorteil erlangt, welchen er früher eben nicht hatte. Wenn da z. B. dem Knechte Einwendungen besagter Art entgegengesetzt werden können, so ist das nicht mehr als billig, denn der Knecht hat eben nur Vorteile erlangt und zwar gerade aus dem Vertrag heraus. Der Knecht ist also, auch wenn er sich Einwendungen entgegenhalten lassen muß, durch den Vertrag nur besser gestellt worden, als er es früher war. Bei der privativen Schuldübernahme dagegen hat der Gläubiger überhaupt keinen Vorteil aus dem Vertrag erlangt, denn die Forderung hatte er ja früher auch schon, nur mit einem anderen Schuldner. Wenn der Gläubiger aber gar keinen Vorteil erlangt hat, sondern in dieser Beziehung alles völlig beim alten geblieben ist, dann ist es im höchsten Grade unbillig, den Gläubiger kraft Gesetzes jetzt auf einmal Einwendungen aussetzen zu wollen, welche er früher nicht zu fürchten hatte, ihn also durch § 334 B.G.B. schlechter stellen zu wollen, als er früher gestellt war.

In diesem Zusammenhang möchte ich noch kurz auf eine Anschauung Cosaks zu sprechen kommen[255]). Cosak bezeichnet die Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. als einen „(liberatorischen) Vertrag" zugunsten des Urschuldners und Oertmann[256]) und Heilfron[257]) schließen sich dieser Meinung Cosaks an. Dazu ist folgendes zu bemerken: Wenn die privative Schuldübernahme überhaupt ein pactum in favorem tertii der besagten Art sein kann, so kann sie es höchstens im Falle des § 414 B.G.B. sein, niemals aber im Falle des § 415 B.G.B., denn in diesem letzteren Falle kontrahiert, wenigstens nach der Theorie des B.G.B. der Urschuldner mit. Ein Mitkontrahieren des Dritten ist aber doch bei dem pactum in favorem tertii ausgeschlossen. Allein auch für den Fall des § 414 B.G.B.

---

[255]) Cosak, Lehrb. d. deutschen bürgerl. Rechts S. 378.
[256]) Oertmann, Komment. z. B.G.B. in den Anm. zu § 414.
[257]) Heilfron B.G.B. Bd. 2 S. 357.

dürfte die Ansicht Cosacks nicht zutreffen. Die Normen über das pactum in favorem tertii haben alle nur den Fall im Auge, daß dem Dritten etwas positives zugewendet wird. In unserem Falle wird nun aber dem Dritten lediglich ein negatives, nämlich eine Befreiung von einer Verbindlichkeit zuteil. Hätte Cosack recht, dann fände eine vollständige Vertauschung der Rollen statt: dem Gläubiger fiele die Rolle des „Versprechensempfängers", dem Übernehmer die Rolle des Promittenten und dem Urschuldner die Rolle des „Dritten" zu, denn der Urschuldner wird von seiner Schuld frei, also ist er derjenige, welchem der Vorteil zugewendet wird, die Position des Gläubigers bleibt dieselbe, der Übernehmer aber wird, was er vorher nicht war, Schuldner und macht dadurch den Urschuldner frei, also ist er derjenige, welcher dem Urschuldner den Vorteil zuwendet.

Beim pactum in favorem tertii wird auf alle Fälle ein Recht auf eine Leistung begründet, wenn nicht für den Dritten, so wenigstens für den Versprechensempfänger zugunsten des Dritten. In unserem Falle wird aber überhaupt kein Recht auf eine Leistung begründet — man kann doch nicht etwa sagen, der Urschuldner erwerbe das Recht zu verlangen, daß er jetzt vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen werde — sondern lediglich eine Verbindlichkeit aufgehoben.

Und weiter. Dem Dritten muß, wie wir gesehen haben, beim pactum in favorem tertii unter allen Umständen die Möglichkeit geboten sein, sich des vielleicht wider Willen erlangten Vorteils wieder entledigen zu können, der Dritte muß also das Erlangte zurückweisen können. In unserem Falle müßte somit der Urschuldner, nachdem er bereits fix und fertig exnexuiert ist, sagen können, nein, ich will wieder Schuldner sein. Diese Möglichkeit soll doch aber bei der privativen Schuldübernahme für den Urschuldner gerade nicht gegeben sein. Aus alledem geht klar hervor, daß die Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. formal-juristisch keineswegs ein pactum in favorem tertii im Sinne Cosacks ist, wenn sie auch mit einem solchen ökonomisch darin eine gewisse äußere Ähnlichkeit haben mag, das durch die Abmachung zweier ganz fremder Personen ein unbeteiligter Dritter einen Vorteil erlangt.

Ich habe vorhin schon angedeutet, daß es das B.G.B. für zweckmäßig erachtet hat, für einige besondere Arten der Übernahme fremder

Schulden Sondervorschriften zu erlassen, ohne aber dabei den von den Ausnahmesätzen nicht berührten Rechtsregeln etwa ihre Geltung zu benehmen. An erster Stelle tritt uns da der im § 416 B.G.B. normierte Fall entgegen, welchen man kurz „Hypothekenübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis" zu nennen sich gewöhnt hat[258]). Ich will gleich eingangs bemerken, daß der § 416 in seiner Anwendbarkeit keineswegs von dem Erfordernis abhängig ist, daß die Übernahme gerade in Anrechnung auf den Kaufpreis geschieht. Wie die in der Übernahme der fremden Schuld liegende Leistung des Übernehmers an den Urschuldner inter partes verrechnet werden soll, ist für unsere Frage hier belanglos[259]). Der Ausdruck „Hypothekenübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis" ist eigentlich irreführend[260]), denn er legt den Gedanken nahe, als ob die Hypothek übernommen würde. Diese wird aber keineswegs übernommen, sondern haftet ohne dies schon am Grundstück. Was übernommen wird, ist nicht die Hypothek, sondern in Anrechnung auf den Kaufpreis die persönliche Schuld, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist[261]). Man kann die Redewendung damit entschuldigen, daß man in ihr eine Breviloquenz erblickt. § 416 ist in seiner Anwendbarkeit auch nicht mehr wie im preußischen Recht auf den Fall des Kaufes beschränkt, sondern beim Erwerb von Grundstücken schlechthin anwendbar[262]). Das Gesetz glaubte von einer Sonderregelung dieses Falles um so weniger Abstand nehmen zu dürfen, als dem § 416 bei dem großen Umfang, welchen in der modernen Zeit der Immobilienverkehr angenommen hat, eine reichliche Anwendung beschieden sein wird[263]). Auch meinte das Gesetz, daß die in den §§ 414, 415 B.G.B. getroffenen allgemeinen Bestimmungen viel zu schwerfällig seien, als

---

[258]) Vergl. wegen des Werdegangs, den der Gedanke des § 416 von seinen ersten Anfängen an z. B. in der Preußischen Gesetzgebung und nachher in den Vorarbeiten und Entwürfen zum B.G.B. gemacht hat, Rosbund ibid. S. 6 ff.

[259]) So auch Tränkner S. 601.

[260]) Vergl. wegen der Gefahr, in dieser Weise irregeführt zu werden, den § 1 der Preuß. Deklaration vom 21. März 1835 (Ges.S. S. 42) und die möglichen Auslegungen, die Rosbund ibid. S. 9 diesem Paragraphen gibt.

[261]) Vergl. auch Regelsberger, Bayer. Hyp. R. S. 449.

[262]) So auch Siméon ibid. S. 339.

[263]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 242 und die dort befindliche Fußnote Nr. 27, vergl. ferner S. 245, 280 (unten), vergl. auch v. Blume, Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 403, 404 und Regelsberger ebenda S. 483.

daß der Immobilienverkehr mit ihnen auskommen könnte. Das Gesetz hatte den Vorteil, sich an Vorbilder anlehnen zu können, und berücksichtigte denn auch in weitgehendstem Maße das bayerische Gesetz vom 29. Mai 1886.

Wird ein Grundstück, welches für persönliche Schulden des Veräußerers mit einer Hypothek belastet ist, veräußert, so tritt der höchst unerwünschte Rechtszustand ein, daß die persönliche und dingliche Haftung auseinanderfallen. Jede der beteiligten Personen hat nun aber ein dringendes Interesse daran, dieses Auseinanderfallen zu verhindern[264]: der Veräußerer will von seiner Schuld völlig frei werden, sieht sich aber in seinen Erwartungen sehr getäuscht, wenn er hinterher, vielleicht erst nach langen Jahren, vom Gläubiger noch in Anspruch genommen werden kann[265]. Für den Übernehmer bedeutet das vom Gesetz angestrebte Zusammenbleiben eine große Vereinfachung seiner Rechtslage[266]. Namentlich aber wird der Gläubiger es mit großer Genugtuung begrüßen, wenn persönliche Schuld und Hypothekarschuld im Passivvermögen nur einer Person vorkommen, da er dann die persönliche und die hypothekarische Klage gegen ein und dieselbe Person richten kann. Dem preußischen Gesetz[267] kann man mit Fug und Recht den Vorwurf machen, den Gläubiger allzusehr begünstigt und bevorzugt zu haben. Das B.G.B. hat die richtige Mitte zu halten gewußt. Man ging, wie die Protokolle zum B.G.B.[268] ergeben, bei Abfassung des § 416 von der zutreffenden Annahme aus, daß in diesen und ähnlichen Fällen „die Absicht der Parteien regelmäßig auf wirkliche Schuldübernahme und nicht auf bloße Erfüllungsübernahme gerichtet sei", enthielt sich aber einer Rechtsvermutung für die erstere[269]. Übernimmt der Käufer durch Vertrag mit dem Verkäufer dessen persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis, so hat der Gläubiger nicht ohne weiteres die persönliche

[264]) Auch Crome ibid. S. 360 ist der Meinung, daß „das Geschäft den Interessen aller Teile dient".

[265]) Vergl. dazu auch die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs S. 85.

[266]) v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 422.

[267]) Ges. über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 (§ 41).

[268]) Protokolle z. B.G.B. S. 427.

[269]) Vergl. dazu § 318 Abs. 2 des 1. Entwurfs.

Klage gegen den Übernehmer wie im preußischen Recht[270]), sondern das Verhältnis des Übernehmers zum Gläubiger ist bis dahin genau das gleiche wie im § 415 B.G.B. Der Vertrag hat die bekannte oft erwähnte obligatorische und dingliche Wirkung. Der Gläubiger erlangt ein Recht gegen den Übernehmer erst dann, wenn er auf die „Mitteilung" hin genehmigt. Der Übernehmer wird obligiert, der Urschuldner liberiert. Die „Mitteilung" kann hier jedoch nur vom Urschuldner ausgehen, eine „Mitteilung" von seiten des Übernehmers wäre wirkungslos. Das Gesetz mußte hier die Mitteilungsbefugnis auf einen der Kontrahenten beschränken, weil der Gläubiger durch das an die Versäumnis der Frist geknüpfte Präjudiz notwendig in Ungelegenheiten kommen müßte, wenn zwei Fristen von verschiedener Länge gleichzeitig gegen ihn liefen. Das Gesetz hatte also für die Zuerteilung der Mitteilungsbefugnis zwischen dem Urschuldner und dem Übernehmer zu wählen, und es ist nicht mehr als billig, daß es die Mitteilungsbefugnis demjenigen zusprach, welcher das größere Interesse an der Übernahme hat[271]). Natürlich kann der Übernehmer einen Übernahmevertrag nach § 414 B.G.B. mit dem Gläubiger abschließen. Dann ist aber das, was der Übernehmer an den Gläubiger richtet, keine „Mitteilung", sondern eine „Offerte"[272]). Allein das Gesetz will nicht haben, daß der Übernehmer ganz leer ausgeht. Die Befugnis, die „Mitteilung" zu machen, konnte es ihm nicht wohl erteilen. Um nun aber auch seinen Interessen gerecht zu werden, hat das Gesetz dem Übernehmer das Recht gewährt, vom Urschuldner zu verlangen, daß er die „Mitteilung" an den Gläubiger mache. Weiter kann der Übernehmer aber auch nichts fordern. Der Urschuldner muß also auf Verlangen des Übernehmers die „Mitteilung" machen, aber er braucht die Mitteilung auch erst zu machen, wenn

---

[270]) Wegen weiterer Unterschiede zwischen dem B.G.B. und dem preußischen Recht vergl. die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs S. 86, ferner Heilfron S. 362 ff. und vor allem die gerade das preußische Recht historisch und sozialpolitisch eingehend erörternden Ausführungen bei Rosbund S. 6 ff.

[271]) So auch Crome ibid. S. 361.

[272]) So auch Crome ibid. S. 361 Anm. 11 und S. 362, ferner Schollmeyer S. 403, Staudinger und Plank in den Anm. zu § 416, Oertmann S. 136, Regelsberger, Bayer. Hyp.R. S. 451, Matthias Bd. 1 § 101 S. 466, Kuhlenbeck, Von den Pandekten ꝛc. S. 174, Krettner S. 42.

der Übernehmer es verlangt. Die Mitteilung des Urschuldners kann erst erfolgen, wenn der Übernehmer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Eine vorher erfolgte Mitteilung ist wirkungslos, selbst dann, wenn sie in der Zeit zwischen der Auflassung und der Eintragung geschieht[273]). Und zwar hat die Unwirksamkeit der Mitteilung nicht bloß zur Folge, daß das an die Fristversäumnis geknüpfte Präjudiz in Wegfall kommt, sondern die Mitteilung hat überhaupt keine Bedeutung, der Gläubiger kann also auch nicht genehmigen[274]). Diese Regelung des Gesetzes hat den Bedenken, welchen wir bei der Besprechung des § 415 B.G.B. an der entsprechenden Stelle Ausdruck geben mußten, den Boden unter den Füßen entzogen. Da der ganze § 416 einzig und allein den Zweck verfolgt, das Auseinanderfallen von persönlicher und hypothekarischer Schuld zu verhindern, so war die Aufnahme der Voraussetzung, unter welcher die Mitteilung erst erfolgen darf, ein unumgängliches Erfordernis, weil ohne diese Bestimmungen die erstrebte Vereinigung doch hätte vereitelt werden können[275]). In Anbetracht des Umstandes, daß der Gläubiger mit dem Zustandekommen der Schuldübernahme in den allermeisten Fällen wohl einverstanden sein wird, weil er eben den Hauptwert auf die dingliche und nicht auf die persönliche Haftung legt[276]), glaubte das Gesetz dem Gläubiger keine Ungerechtigkeit widerfahren zu lassen, wenn es unter dem Präjudiz: qui tacet consentire videtur bestimmte, daß die Genehmigung des Gläubigers als erteilt zu gelten habe, wenn der Gläubiger nicht innerhalb 6 Monaten vom Empfang der Mitteilung an gerechnet seine Ge-

---

[273]) Rosbund S. 26—29 möchte eine vor geschehener Eintragung erfolgte Mitteilung nur dann zur Wirkungslosigkeit verdammen, wenn auch die Genehmigung vorher erteilt wird, sonst nicht. Vergl. auch die Gründe, die er angibt. Vergl. auch Tränkner ibid. S. 600.

[274]) So auch Plank, anders Dernburg und Crome, welch letzterer eine unmittelbar nach der Auflassung gemachte Mitteilung für ausreichend erachtet, jedoch in diesem Fall sich nicht mit einem Schweigen des Gläubigers im Sinne des § 416 Abs. 1 begnügt, sondern einen positiven Entschluß desselben fordert.

[275]) So auch Meisner, Recht der Schuldverhältnisse S. 100, vergl. dazu auch Tränkner S. 600.

[276]) Vergl. dazu auch Gürgens ibid. S. 245 und v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 419, 420.

nehmigung ausdrücklich verweigere[277]). Für die große Mehrzahl der Fälle wird mit dieser Regelung der Dinge den Interessen der Beteiligten allseitig gedient sein. Allein es ist nicht zu vergessen, daß es auch Fälle geben kann, wo der Gläubiger auch auf die persönliche Haftung noch Gewicht legt, so namentlich dann, wenn er befürchten muß, bei der Zwangsversteigerung z. B. infolge eines Sinkens des Wertes von Grund und Boden einen Ausfall zu erleiden[278]). Und für solche Fälle kann der § 416 B.G.B. etwas übers Ziel hinausschießen. Doch man kann sich beruhigen, der Gläubiger hat ja immerhin 6 Monate Bedenkzeit, und so vorsichtig wird jeder Gläubiger sein, daß er die Frist nicht ohne eine Erklärungsabgabe verstreichen läßt, sondern seine Genehmigung ausdrücklich verweigert, wenn er irgendwie einen Verlust befürchten muß.

v. Blume meint[279]), die persönliche Schuld trete neben der Hypothekarschuld in solcher Weise in den Hintergrund, daß das Gesetz im § 416 einfach den Satz aufstellen konnte, die persönliche Schuld gehe zugleich ohne weiteres mit der dinglichen Haftung des Grundstücks auf den Grundstückserwerber über. Der Gläubiger, meint v. Blume weiter, habe den Schuldübergang nicht erst zu genehmigen und dadurch überhaupt erst herbeizuführen, sondern er könne nur gegen den auch ohne seine Genehmigung bereits vollzogenen Schuldnerwechsel Einspruch erheben und denselben dadurch wieder beseitigen. v. Blume erblickt eben im § 416, wie er sich in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 125 unumwunden ausdrückt, „nicht einen Schuldübergang kraft Parteiwillens, sondern kraft dispositiven Rechtssatzes". Allein diese Auffassung geht entschieden viel zu weit, § 416 B.G.B. ist nur eine Unterart von § 415 B.G.B.[280]).

Ist der Gläubiger also mit der Übernahme einverstanden, so

---

[277]) Vergl. dazu auch die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs S. 85.

[278]) Vergl. dazu Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 39, vergl. auch Jakubetzky ibid. S. 70, 71, vergl. auch die abfälligen Bemerkungen, die Scherer ibid. S. 371 zu § 416 macht.

[279]) Vergl. v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 419 ff., 425 (unten) und vor allem auch die Fassung, welche v Blume dem § 416 geben möchte (423); vergl. ferner v. Blume Bd. 40 S. 123 ff.

[280]) Vergl. die Gegengründe, welche Rosbund S. 38—40 (gegen v. Blume) vorbringt.

kann er entweder ausdrücklich genehmigen oder auch ganz schweigen, ist er aber mit der Übernahme nicht einverstanden, so muß er innerhalb der 6 Monate die Genehmigung ausdrücklich[281]) verweigern, widrigenfalls sich der Schuldnerwechsel vollzieht[282]). Durch das darin liegende Präjudiz wird einer Verlangsamung und einem Schwerfälligwerden des Immobilien- und Grundkreditverkehrs in wirksamer Weise begegnet[283]).

Die Verweigerung der Genehmigung kann nur dem Veräußerer gegenüber erklärt werden. Das steht fest. Man könnte nun, da das Gesetz dies nur für die Verweigerung der Genehmigung ausdrücklich vorschreibt, vielleicht zu der Annahme geneigt sein, daß die Erteilung der Genehmigung den allgemeinen Regeln entsprechend beiden gegenüber erfolgen könne. Allein diese Annahme dürfte nicht zutreffend sein. Ich meine die Erteilung der Genehmigung könne ebenfalls nur dem Veräußerer gegenüber erfolgen[284]) und zur Stützung meiner Behauptung berufe ich mich auf § 416 Abs. 3 Satz 2 B.G.B. Dort heißt es: sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststehe, habe der Veräußerer dem Erwerber davon Mitteilung zu machen. Diese Vorschrift beruht nun aber zweifellos auf der Annahme, daß nur der Veräußerer darüber orientiert sei, wie sich der Gläubiger zur Übernahme gestellt habe. Nähme das Gesetz an, daß auch der Übernehmer darüber informiert sein könne, so hätte es sicherlich auch ihm die Pflicht zur Benachrichtigung auferlegt[285]).

Da das Gesetz selbst durch Fristsetzung die Kontrahenten vor einem allzu langen Pendenzzustand schützt, bleibt für eine Fristsetzung seitens der Parteien kein Raum mehr. Die Mitteilung bedarf der schriftlichen Form und muß den Hinweis auf das Präjudiz ent-

---

[281]) Über die Frage, inwieweit in konkludenten Handlungen wie z. B. Zwangsvollstreckung gegen den Veräußerer innerhalb der 6 Monate Kündigung, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Anmeldung im Konkurs desselben eine Verweigerung der Genehmigung erblickt werden kann, vergl. Scherer S. 378.

[282]) Wegen einer etwa möglichen Anfechtung der Fristversäumnis vergl. Rosbund S. 37, 38.

[283]) So auch Crome ibid. S. 360, 361.

[284]) So auch Staudinger ibid., Oertmann ibid., Die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches S. 56, Schollmeyer, Brettner ibid. S. 794, 795, anders Plank, Dernburg, Crome, Matthias Krettner S. 44.

[285]) So auch Rosbund S. 32.

halten[286]). Die überaus nachteiligen Folgen, welche sich an die Fristversäumnis knüpfen, machten die Einführung dieser Erschwerung in der Form der Mitteilung erforderlich. Fehlt bei der Mitteilung die Schriftform oder ist der Hinweis auf das Präjudiz unterlassen, so büßt die Mitteilung einen Teil ihrer Wirksamkeit ein, wird aber keineswegs ganz unwirksam. Der Gläubiger kann sehr wohl auf Grund einer solchen mangelhaften Mitteilung genehmigen und so den Schuldnerwechsel herbeiführen, aber man wird dem Schweigen des Gläubigers in einem solchen Falle nicht wie bei ordnungsmäßiger Mitteilung die Bedeutung der Genehmigung beilegen dürfen[287]). Den Wortlaut des Gesetzes kann man für diese Ansicht allerdings nicht ins Feld führen, aber die Gegner können den Wortlaut auch nicht gegen dieselbe anführen. Praktische Gründe stehen ihr jedenfalls in reichlichem Maße empfehlend zur Seite.

Der Veräußerer muß den Erwerber, sobald er dazu in der Lage ist, davon in Kenntnis setzen, wie sich der Gläubiger zur Übernahme gestellt hat. Eine entsprechende Pflicht auch dem Übernehmer aufzuerlegen, hat das Gesetz aus den vorhin erwähnten Gründen für nicht angängig gehalten. Für den Fall, daß der Veräußerer dieser seiner Verpflichtung, den Erwerber zu benachrichtigen, nicht nachkommen sollte, trifft ihn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Schadensersatzpflicht.

Wenn der Gläubiger seine Genehmigung verweigert, so findet der Schuldübergang nicht statt und das vom Gesetz perhorreszierte Auseinanderfallen der persönlichen und dinglichen Haftung ist rechtens geblieben. Will nun der Urschuldner trotzdem sogleich von seiner Schuld frei werden, so kann er, wenn die Fälligkeitszeit für die Schuld gekommen ist, vom Übernehmer verlangen, daß dieser ihn liberiere. Ist aber die Fälligkeitszeit noch nicht gekommen oder weigert sich der Übernehmer zu liberieren, so tut der Urschuldner, wenn er

---

[286]) Eine bloße Mitteilung der Schuldübernahme im Anschluß an die Veräußerung des Grundstückes unter Bezugnahme auf § 416 B.G.B." dürfte wohl nicht genügen, da dem rechtsunkundigen Gläubiger nicht zugemutet werden kann, sich eigens über den Inhalt des in der Mitteilung zitierten § 416 informieren und so der Bequemlichkeit des Mitteilenden durch Übernahme einer größeren Mühewaltung förderlich sein zu müssen. Anders Crome ibid. S. 361 Anm. 18.

[287]) So Plank und Schollmeyer, anders Dernburg und Staudinger.

sogleich frei werden will, gut daran, selbst den Gläubiger zu befriedigen und sich dann im Regreßwege an den Übernehmer zu halten. Und das Gesetz ist so rücksichtsvoll, ihn bei seiner Regreßnahme durch Sicherstellung zu unterstützen. Das B.G.B. bestimmt nämlich im § 1164, daß die Hypothek insoweit auf ihn übergehen solle, als er vom Eigentümer Ersatz verlangen könne[288]).

Der § 416 B.G.B. findet auch entsprechende Anwendung bei der Immobiliarzwangsversteigerung. § 53 des Reichsgesetzes vom 24. März 1897 bestimmt, daß für den Fall, wo bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich haftet, der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek übernimmt, wobei der Schuldner als Veräußerer im Sinne des § 416 B.G.B. anzusehen ist.

Auf Grundschulden findet der § 416 B.G.B. keine Anwendung[289]). Lastet z. B. auf einem Grundstück eine Grundschuld, mit welcher eine persönliche Forderung infolge besonderer Abrede verbunden ist — an sich hat ja eine Grundschuld mit einer Forderung gar nichts zu tun — und wird das Grundstück veräußert, so kann die Übernahme der persönlichen Schuld durch den Grundstückserwerber nicht nach § 416, sondern nur nach den allgemeinen Regeln vollzogen werden. Eine Erstreckung des Prinzips des § 416 auf Grund- und Rentenschulden findet nur bei der Immobiliarzwangsversteigerung statt nach näherer Maßgabe des § 53 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 24. März 1897[290]).

Der letzte Paragraph des B.G.B. über die Schuldübernahme handelt von der vertragsmäßigen Übernahme eines Vermögens[291]). Das römische Recht[292]) gewährte in diesem Falle dem Gläubiger des

---

[288]) Wegen der weiteren hier einschlägigen hypothekenrechtlichen Bestimmungen des B.G.B. vergl. Rosbund ibid. S. 35, 36.

[289]) Vergl. dazu Dernburg B.G.B. Bd. 2. 1. § 159 Bd. 3, 8 S. 365, Scherer S. 372, Plank, B.G.B. in den Anmerkungen zu § 416, Schollmeyer S. 403, Krettner S. 47; vergl. aber auch Bendix S. 332, Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Abt. 2 § 39 S. 364 und Brettner, Die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb Gruchot Bd. 42 S. 794.

[290]) Wegen der Anwendbarkeit des § 416 auf ein mit einer Hypothek belastetes Erbbaurecht vergl. Rosbund ibid S. 22, Schollmeyer S. 403.

[291]) Vergl. zu diesem Paragraphen die Spezialarbeit von Koeltz. Wie haftet der vertragsmäßige Übernehmer eines Vermögens den Gläubigern des Veräußerers? (Erl. Diss.)

[292]) Näheres über das röm. Recht siehe bei Koeltz S. 4—11.

Urschuldners kein direktes Klagerecht gegen den Erwerber und zwar deshalb nicht, weil es von der Voraussetzung ausging, daß die Schulden nur an der Person und nicht an dem Vermögen einer Person haften, Und diese Grundanschauung der Römer ist rein logisch betrachtet die einzig richtige und zutreffende[293]). Eine andere Frage ist aber die, ob die Römer damit auch eine zweckmäßige, den Bedürfnissen des praktischen Lebens genügende Normierung getroffen haben. Und in dieser Hinsicht muß man allerdings sagen, daß der römische Satz zu schweren Bedenken Anlaß gibt. Wollte man den Erwerber für haftfrei erklären, so wäre damit der Unredlichkeit der Schuldner Tür und Tor geöffnet[294]). Wenn ein Schuldner dann sein Vermögen seinen Gläubigern entziehen wollte, so brauchte er sein Vermögen nur etwa auf seine Ehefrau zu übertragen, wie es z. B. in dem Tatbestande der Fall war, welcher dem Reichsoberhandelsgericht[295]) am 9. Juni 1874 zur Entscheidung vorlag, und seine Gläubiger wären geprellt. Ferner könnten dann auch die Bestimmungen über die Erbenhaftung zum Nachteil der Gläubiger ganz leicht dadurch umgangen werden, daß der Erblasser kurz vor seinem Tode sein Vermögen bereits auf seinen Erben überträgt. Aus allen diesen Gründen hat daher auch das deutsche Recht schon früh die Anschauung ausgebildet, daß gewisse Schulden an gewissen Vermögensbestandteilen, aus welchen sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft berichtigt zu werden pflegen, haften. Theorie, Judikatur[296]) und Gesetzgebung drängten im Laufe der Zeit auch immer mehr dem deutschrechtlichen Satze zu. So statuierte schon der sog. Vitalizienvertrag des allgemeinen preußischen Landrechts eine Haftung des Erwerbers und auch die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals ließ den Erwerber haften, wenn auch nur im Falle des unentgeltlichen Erwerbs eines Vermögens[297]). Für die deutschrechtliche Auffassung traten auch Del-

---

[293]) Vergl. dazu die Bemerkung bei Schurter S. 359 (Mitte).

[294]) Vergl. dazu auch Crome ibid. S. 364 Anm. 6, wegen der in diesem Fall etwa möglichen Anfechtung der Vermögensübertragung

[295]) Entsch. des Reichsoberhandelsger. Bd. 13 S. 383.

[296]) Näheres über die Judikatur siehe bei Schurter S. 357 ff.

[297]) Vergl. Entsch. des Reichsoberhandelsger. vom 9. Juni 1874 Bd. 13 S. 383 und Urt. des preuß. Obertribunals vom 26. April 1841 Entsch. Bd. 7 S. 67.

brück[298]) und Kuntze[299]) in die Schranken. Wenn man sich nun aber auch im Laufe der Zeit über das Bedürfnis, den Gläubiger zu schützen, einig geworden war[300]), so war man immer noch geteilter Meinung darüber, auf welchem Untergrund konstruktionell die Haftung des Erwerbers aufzubauen sei[301]). Die einen glaubten einen stillschweigend abgeschlossenen Schuldübernahmevertrag in der Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber finden zu können[302]), andere wollten wieder die Haftung des Erwerbers aus der bloßen Tatsache des Vermögensübergangs in der Weise folgen lassen, daß sie sagten, die Tatsache des Erwerbs des Vermögens, zu welchem die Schulden als die Kehrseite gehörten, sei der wirkliche Grund der Verpflichtung[303]). Das B.G.B. hat diese Kontroverse aus der Welt geschafft, indem es sich für die letztere Ansicht entschied. Der Erwerber eines Vermögens wird also nach dem B.G.B. kraft Gesetzes obligiert, gleichgültig, ob die Parteien es wissen und wollen oder nicht, lediglich deshalb, weil er das Vermögen eines anderen übernommen hat. Ja die Haftung kann nicht einmal durch Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber ausgeschlossen oder beschränkt werden. Natürlich ist es dem Erwerber unbenommen, seine Haftung durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger zu modifizieren.

Die Haftung nach § 419 B.G.B. tritt ein ohne Unterschied, ob der Erwerber das Vermögen entgeltlich oder unentgeltlich übernommen hat, ob der Betrag dafür kreditiert oder gleich in bar bezahlt ist. Für manche Fälle liegt in dieser Normierung eine allzu große Rücksichtnahme auf die Sicherheit und das Interesse des Gläubigers. Wir werden sehen inwiefern dies der Fall ist. Hat der Erwerber das Vermögen unentgeltlich übernommen, so ist es

[298]) Delbrück in seiner mehrfach genannten Schrift S. 37, 70/80.

[299]) Kuntze in seiner mehrfach genannten Schrift S. 333.

[300]) Delbrück S. 81 ff. hat die Geschäfte bezw. Verhältnisse, aus denen dem Gläubiger in der Praxis ein direktes Klagerecht gewährt wurde, zusammengestellt. Vergl. dazu auch Koeltz S. 13 ff.

[301]) Näheres über diese Konstruktionsfrage siehe bei Schurter S. 348 ff.

[302]) Vergl. dazu Stobbe, Deutsch. Privatrecht Bd. 3 § 181. Delbrück ibid., Gürgens, Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 255 ff., 257, 266.

[303]) So schon Hinrichs in der Kieler allg. Monatsschrift 1853 S. 691 bis 694 (bei Kuntze gefunden), v. Blume, Novation ꝛc. S. 140; vergl. aber auch die v. Blume eod. loc. S. 159, 160 angeführten Urteile oberster Gerichtshöfe.

nicht mehr als billig, daß der Erwerber haftet. Sind doch die Gläubiger durch die Übernahme in ihrer Sicherheit beeinträchtigt, da ja infolge der Unentgeltlichkeit kein Entgelt für das veräußerte Vermögen in das Vermögen des Veräußerers fließt. Auch für den Übernehmer liegt in diesem Fall keine Härte vor. Er hat das Vermögen unentgeltlich übernommen und erleidet daher durchaus keinen ungerechtfertigten Verlust, wenn er mit demselben haften muß. Der Übernehmer darf sich eben nicht auf Kosten der Gläubiger bereichern. Anders liegt die Sache schon in dem Falle, wo der Übernehmer das Vermögen entgeltlich erwirbt. Hier ließe sich wenigstens dann, wenn der Übernehmer das Vermögen nicht unter dem Wert übernimmt, sagen, das, was aus dem Vermögen des Veräußerers durch die Übernahme hinauskommt, fließt im Entgelt dafür wieder in das Vermögen zurück, also ist eine Mithaftung des Übernehmers überflüssig. Gegen diese Argumentierung läßt sich in den Fällen, wo das Entgelt gleich in bar gezahlt wird, nichts einwenden. Hier wäre es in der Tat nicht nötig, daß der Erwerber noch neben dem Veräußerer mithaftet[304]). Die Gläubiger erhalten dadurch eine ungerechtfertigte Erhöhung ihrer Sicherheit. Wird dagegen das Entgelt für das übernommene Vermögen nicht sofort in bar berichtigt, so ist es für die Sicherheit der Gläubiger allerdings zweckdienlicher, wenn sie sich wenigstens so lange, als das Entgelt noch nicht in bar berichtig ist, an das übernommene Vermögen selbst halten können, als wenn sie sich mit der Forderung, welche der Veräußerer aus der Übernahme gegen den Erwerber erlangt, begnügen müssen, denn der Erwerber kann ja z. B. in Konkurs geraten und die Gläubiger müßten sich dann mit der dem Veräußerer gebührenden prozentualen Befriedigung genügen, während sie sich sonst an das ganze übernommene Vermögen hätten halten können. Da nun, wie wir gesehen haben, nach dem B.G.B. der Erwerber in allen Fällen neben dem Veräußerer haftet, so wird der Erwerber nicht ohne weiteres den Kaufpreis für das übernommene

---

[304]) Anderer Meinung darüber ist Scherer S. 392, welcher meint, einen Kaufpreis könne man sehr leicht in seiner Tasche verschwinden lassen, auch könne man sich mit demselben in unbekannte Gegenden zurückziehen. Schurter schlägt jedenfalls auch in dem Gefühl, daß sich § 419 die Sicherstellung des Gläubigers allzusehr hat angelegen sein lassen, vor, die korreale Forthaftung des Veräußerers zeitlich (vielleicht auf 2 Jahre) zu beschränken (Schurter S. 390).

Vermögen zahlen, selbst wenn er das Vermögen des Veräußerers bereits zu Eigentum übertragen erhalten, der Veräußerer seinerseits also bereits geleistet hat, sondern er wird Vorkehrungen treffen, welche es verhindern, daß er, obwohl er dem Veräußerer den Kaufpreis bereits gezahlt hat, doch noch den Gläubigern mit dem übernommenen Vermögen haften muß. Würde er in einem solchen Falle von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, so könnte er sich selbstverständlich seinerseits wieder an den Veräußerer halten, aber es ist klar, daß es für den Erwerber zweckmäßiger ist, wenn es überhaupt gar nicht so weit kommt, daß er sich erst wieder an den Veräußerer wenden muß, denn auch der Veräußerer kann ja z. B. in Konkurs geraten sein. Welche Wege wird nun der Erwerber einschlagen, um zu verhindern, daß er dem Veräußerer bereits gezahlt hat und trotzdem den Gläubigern vielleicht nochmals leisten muß? Das zweckmäßigste dürfte da sein, daß der Erwerber mit Einverständnis des Veräußerers die Gläubiger des Veräußerers alle sofort befriedigt und diese Summe dann auf den an den Veräußerer zu zahlenden Kaufpreis in Anrechnung bringt. Sollten aber die Schulden des Veräußerers noch nicht zahlbar sein und die Gläubiger in eine vorzeitige Befriedigung ihrer Ansprüche nicht einwilligen, so dürfte es sich empfehlen, daß der Erwerber mit Einverständnis des Veräußerers dessen Schulden nach § 414 oder § 415 B.G.B. übernimmt und diese Schuldenübernahme auf den Kaufpreis des Vermögens in Anrechnung bringt. Wenn der Kaufpreis für das zu übernehmende Vermögen etwa 50000 Mk., die Schulden des Veräußerers, welche der Erwerber bezahlt bezw. übernimmt, etwa 10000 Mk. betragen, so würde dann der Erwerber dem Veräußerer nur 40000 Mk. in bar auszahlen. Sollten nun aber die Gläubiger des Veräußerers mit einer privativen Schuldübernahme nicht einverstanden sein, so könnte man noch an folgende Möglichkeit denken: Der Erwerber zahlt in unserem Beispiel die 40000 Mk. in bar aus, die restierenden 10000 Mk. dagegen hinterlegt er unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle mit der Maßgabe, daß, so lange die Gläubiger des Veräußerers nicht anderweitig befriedigt sind, allein die Gläubiger zur Abhebung der hinterlegten Summe, sobald sie aber anderweitig befriedigt sind, nur der Veräußerer dazu befugt sein soll. Gleichzeitig muß der Erwerber aber mit dem Veräußerer abmachen, daß diese Hinterlegung ihm gegenüber

bezüglich des noch geschuldeten Restkaufgeldes als Erfüllung gelten soll, mit anderen Worten, daß der Veräußerer den Erwerber für das Restkaufgeld nicht mehr in Anspruch nehmen dürfe, und mit den Gläubigern muß eine Abmachung dahin getroffen werden, daß sie von nun an weder den Veräußerer noch den Erwerber mehr in Anspruch nehmen, sondern sich nur noch an die für sie hinterlegte Summe halten dürfen. Auf diese Regelung können im allgemeinen alle Interessenten eingehen, ohne eine Gefahr befürchten zu müssen. Wir sehen also, der rechtskundige und vorsichtige Erwerber hat Mittel, um sich vor Härten, welche der § 419 durch seine übertriebene Rücksichtnahme auf die Gläubiger zweifellos im Gefolge haben kann, zu schützen. Der rechtsunkundige oder weniger vorsichtige Geschäftsmann dagegen kann durch § 419 B.G.B. sehr in Ungelegenheiten kommen. Allein vigilantibus jura sunt scripta und überdies ist es ja in unserem heutigen Geschäftsleben Sitte, zu jedem bedeutenderen Rechtsakte — und ein solcher ist zweifellos die Übernahme eines Vermögens — wenn man nicht selbst rechtskundig ist, einen Rechtskundigen als Berater zuzuziehen.

§ 419 B.G.B. bürdet die Haftung demjenigen auf, welcher das „Vermögen" eines anderen übernimmt. Was ist nun unter Vermögen zu verstehen? Darunter kann man dreierlei verstehen. Unter Vermögen kann man

1. nur die Aktiva ohne jegliche Rücksicht auf die Passiva verstehen.

2. die Differenz zwischen den Aktiva und Passiva.

3. die Aktiv- und die Passivmasse zugleich nebeneinander.

Es ist ohne weiteres klar, daß § 419 B.G.B. unter „Vermögen" das unter Nr. 1 gesagte versteht.

Der Erwerber haftet, daneben haftet aber auch der Veräußerer weiter wie bisher[305]), es entsteht somit ein Gesamtschuldverhältnis, in welchem beide *für* alle Schulden haften, der Veräußerer aber *mit* seinem ganzen Vermögen, d. h. unbeschränkt, der Erwerber dagegen nur beschränkt, nämlich nur mit dem Bestand des übernommenen Vermögens.

Der Erwerber rückt natürlich in die Schulden des Veräußerers so ein, wie sie sind, kann daher auch den Gläubigern alle Ein-

[305]) So auch Crome ibid. S. 366, Schollmeyer S. 412.

wendungen entgegensetzen, welche der Veräußerer ihnen in diesem Moment entgegenhalten konnte[306]).

§ 419 B.G.B. statuiert keineswegs eine Universalsuccession in die Aktiva, die Vermögensgegenstände müssen vielmehr dem Erwerber einzeln nach den für ihre Übertragung maßgebenden Normen zu Eigentum übertragen werden[307]). Der Zeitpunkt, in welchem der Erwerber Eigentümer aller zu dem übernommenen Vermögen gehörigen Gegenstände wird, ist daher kein einheitlicher. Mit dieser Erwägung hängt die Normierung zusammen, welche das B.G.B. in Bezug auf den Beginn der Haftung des Erwerbers getroffen hat. Das B.G.B. ordnet nämlich an, daß der Erwerber bereits vom Moment des Abschlusses des obligatorischen Übernahmevertrages an den Gläubigern haften soll. Und damit dürfte es auch das richtige getroffen haben. Dieser Zeitpunkt ist jedenfalls weit günstiger als der andere, welcher für den Beginn der Haftung noch hätte in Betracht kommen können, nämlich der Moment der vollständigen Übertragung des Eigentums an allen übernommenen Vermögensgegenständen. Wollte man den Erwerber erst von diesem letzteren Zeitpunkt an haften lassen, so würden im Falle der successiven Übertragung des Eigentums an den zu dem übernommenen Vermögen gehörigen Gegenständen eine gewisse Zwischenzeit hindurch die Gläubiger sich an gewisse Vermögensgegenstände gar nicht halten können. Ein Beispiel soll zeigen, was gemeint ist: Das zu übernehmende Vermögen soll aus den Gegenständen a, b, c, d, e, f, g bestehen. Der Erwerber haftet überhaupt erst von dem Zeitpunkt an, wo alle Vermögensgegenstände ohne Ausnahme in sein Eigentum übergegangen sind. Nun hat aber der Veräußerer bis jetzt die Gegenstände a, b, c dem Erwerber noch nicht zu Eigentum übertragen. Dann können sich die Gläubiger vorerst, so lange die Eigentumsübertragung noch nicht voll und ganz bewirkt ist, nur an die noch nicht übertragenen Gegenstände a, b, c halten, während sie sich an die bereits übertragenen Gegenstände d, e, f, g nicht halten können, weil die Gegenstände eben nicht mehr im Eigentum

---

[306]) Es ist daher auch, wie z. B. Schollmeyer S. 395 richtig hervorhebt, ungenau, wenn das B.G.B. im § 419 von dem „bisherigen" Schuldner spricht.

[307]) Vergl. Motive z. B.G.B. Bd. 2 S. 151, vergl. dazu auch Schollmeyer S. 411 Nr. 2.

des Veräußerers, sondern in dem des Erwerbers stehen, der Erwerber aber noch nicht haftet. Und dazu kommt noch, daß Veräußerer und Erwerber es in der Hand hätten, den Beginn der Haftung des Erwerbers beliebig in die Länge zu ziehen, indem sie einfach ein Vermögensstück vorerst noch nicht ins Eigentum des Erwerbers übertragen, obwohl sie die große Mehrzahl der Vermögensstücke bereits übertragen haben. Es träte dann der mißliche Fall ein, daß der Gläubiger, welcher sich vorher an das ganze Vermögen halten konnte, sich jetzt vorerst wenigstens nur an die vom Veräußerer noch nicht übertragenen, vielmehr noch bei ihm zurückgebliebenen Gegenstände halten könnte und, um sich auch an die dem Erwerber bereits übertragenen Gegenstände halten zu können, warten müßte, bis Veräußerer und Erwerber auch diese letzten Gegenstände noch übertragen bezw. übernommen hätten.

Denkbar wäre es auch noch, daß das Gesetz den Beginn der Haftung des Erwerbers so regelte, daß der Erwerber jedesmal von dem Moment an, wo er einen Vermögensgegenstand zu Eigentum übertragen erhalten hat, mit diesem Gegenstand haftet. Hat er also in unserem Beispiel den Gegenstand a am 10. Januar erhalten, so haftet er vom 10. Januar an mit diesem Gegenstand a, erhält er nun am 12. Januar den Gegenstand b hinzu, so haftet er vom 12. Januar an nun auch mit diesem Gegenstand b. Bei dieser Regelung der Dinge wären die eben erwähnten Mißlichkeiten allerdings vermieden. Allein diese Regelung empfiehlt sich trotzdem nicht und zwar deshalb nicht, weil der Beginn der Haftung des Erwerbers dadurch zu verwickelt und kompliziert würde.

Die Regelung welche das B.G.B. in dieser Beziehung getroffen hat, ist wohl die einfachste und zweckmäßigste.

Wir kommen nunmehr zu der Frage, für welche Ansprüche der Erwerber haftet. § 419 sagt, der Erwerber haftet für alle zur Zeit des Abschlusses des obligatorischen Übernahmevertrags bestehenden Ansprüche. Die Ansprüche müssen in diesem Moment also bereits bestehen. Es genügt daher einerseits nicht, daß sie nur im Keim erst angelegt sind, sie müssen vielmehr bereits existent sein, andererseits ist es auch nicht erforderlich, daß sie schon fällig sind[308]). Die

[308]) So auch Schollmeyer S. 412.

Gläubiger können nur solche Ansprüche gegen den Erwerber geltend machen, welche bereits im Moment des Abschlusses des obligatorischen Übernahmevertrags bestehen. Erst später entstehende Ansprüche braucht der Erwerber nicht gegen sich gelten zu lassen. Auch darin hat, wie ich glaube, das B.G.B. das richtige getroffen. Für solche Gläubiger, welche sich vielleicht im Vertrauen auf die gute finanzielle Lage des Veräußerers noch nach Abschluß des obligatorischen Übernahmevertrags, von welchem sie nichts wußten, mit dem Veräußerer einließen und mit ihm kontrahierten, mag es unter Umständen sehr hart sein, sich nur an den aller Deckungsmittel baren Veräußerer, nicht aber auch an den darum bereicherten Erwerber halten zu können. Allein wie soll das Gesetz die Gläubiger schützen? Etwa dadurch, daß es den Erwerber auch für diese Schulden haften läßt? Das ist nicht wohl angängig. Man kann doch vernünftigerweise den Erwerber nur für solche Schulden haften lassen, welche er beim Abschluß des obligatorischen Vertrags genau kennen konnte. Er muß sich ja doch beim Abschluß dieses obligatorischen Vertrages z. B. bezüglich des Kaufpreises danach richten, für welche Ansprüche er gegebenenfalls später einmal einzustehen hat. Wollte man den Erwerber auch für nachträglich entstehende Schulden haften lassen, so würde man dadurch die Gläubiger wohl sicher stellen, den Erwerber aber in die größte Gefahr bringen, denn es könnten ja dann nach Abschluß des obligatorischen Vertrags noch beliebig viele Schulden vom Veräußerer kontrahiert werden, für welche der Erwerber einzustehen hätte. Man hat hier nur die Wahl: entweder man hilft den Gläubigern, dann gefährdet man den Erwerber, oder man hilft dem Erwerber, dann gefährdet man die Gläubiger. Ich möchte mich auch, wie es das B.G.B. getan hat, für die letztere Möglichkeit der Regelung entscheiden. Die Gläubiger sollen sich eben selbst schützen und das können sie dadurch, daß sie sich, bevor sie sich mit dem Veräußerer einlassen, nach seinen Vermögensumständen erkundigen. Man kann vielmehr eher den Gläubigern diese Erkundigungspflicht als dem Erwerber eine Haftung für Schulden dieser Art zumuten.

Das Gesetz legt die Haftpflicht demjenigen auf, welcher das „Vermögen" eines anderen übernimmt. Wer also das ganze Vermögen eines anderen übernimmt, muß haften. Die Haftung soll aber dadurch keineswegs cessieren, daß einzelne Vermögensgegenstände zurückbehalten werden. Die Haftung soll ferner auch, wie die

Motive[309]) zum B.G.B. ausdrücklich hervorheben, dann eintreten, wenn jemand nur einen Bruchteil des Vermögens eines anderen übernimmt. Wenn also das ganze Vermögen jemandes z. B. in zwei Rittergütern besteht und er überträgt eines davon auf einen anderen, so muß dieser andere haften. Man darf nun aber die Haftungspflicht des Erwerbers nicht so weit ausdehnen, daß man den Erwerber für jeden Vermögensgegenstand, welchen er übernimmt, haften läßt, indem man sagt, er habe einen Bruchteil des Vermögens übernommen. Das ginge entschieden zu weit[310]). Wenn sich jemand z. B. in einem Zigarrenladen eine Zigarre kauft, so hat er zweifellos einen Bruchteil des Vermögens des Zigarrenhändlers übernommen. Trotzdem kann man doch unmöglich den Käufer für die Schulden des Zigarrenhändlers mit der Zigarre haften lassen. Das wäre theoretisch ganz absurd und ließe sich praktisch überhaupt gar nicht durchführen. Der ganze Verkehr wäre dadurch in unerträglicher Weise gehemmt, der Kleinverkehr geradezu lahmgelegt. Es müßte sich jeder Zigarrenkäufer, um im Beispiel zu bleiben, erst eingehend nach den Schulden des Zigarrenhändlers erkundigen und könnte dann erst kaufen. So vernünftig und zweckmäßig die Haftung des Erwerbers also in dem Beispiel mit den Rittergütern ist, so unvernünftig und zweckwidrig wäre sie in dem Beispiel mit den Zigarren. Wir sehen daraus deutlich, daß irgend wo zwischen diesen beiden Fällen die Grenzlinie laufen muß. Es wäre nun sehr wünschenswert gewesen, wenn das Gesetz selbst diese Grenzlinie gezogen hätte. Das ist aber nicht geschehen. So wird daher das freie richterliche Ermessen zu bestimmen haben, ob im einzelnen Falle eine Haftung des Übernehmers eintritt oder nicht. In den von mir gewählten Beispielen mit den Rittergütern und den Zigarren konnte man in der Entscheidung keinen Augenblick schwanken. Es wird aber Fälle geben, wo es sehr schwer sein wird, sich für das eine oder andere zu entscheiden. Und die Entscheidung wird um so schwieriger werden, je näher die Fälle an der Grenzlinie diesseits oder jenseits derselben liegen.

---

[309]) Vergl. Motive z. B.G.B. Bd. 2 S. 151 und Protokolle Bd. 1 S. 428.

[310]) So auch Scherer S. 392, welcher sagt, daß ein Geschäft selbstredend so klein sein könne, daß es gegenüber dem anderen Vermögen des Veräußerers keine Rolle spiele.

Es taucht für uns nun die Frage auf, womit der Übernehmer haftet. Das Gesetz sagt, er haftet mit dem „Bestand des übernommenen Vermögens und den ihm aus dem Vertrag zustehenden Ansprüchen". In der Kommission war man lange Zeit darüber streitig, ob man den Übernehmer cum oder pro viribus, mit anderen Worten nur mit den übernommenen Vermögensgegenständen selbst oder aber event. auch mit dem eigenen Vermögen, jedoch nur bis zum Wert des übernommenen Vermögens haften lassen sollte. Man entschied sich schließlich für die Haftung cum viribus[311]). Und diese Art der Haftung ist, so weit ich sehen kann, in der Tat auch der anderen vorzuziehen. Wollte man die Haftung pro viribus einführen, so müßte notwendigerweise der Wert des übernommenen Vermögens durch eine Taxierung ermittelt werden. Es ist nun ohne weiteres einleuchtend, daß der Grundgedanke, von welchem der § 419 ausgeht, nämlich den Erwerber nicht mit mehr und nicht mit weniger, sondern genau gerade mit dem, was er übernommen hat, haften zu lassen, in viel höherem Maße realisiert wird, wenn man den Erwerber cum viribus als wenn man ihn pro viribus haften läßt. Denn wenn er cum viribus haftet, so haftet er genau gerade mit dem, was er erhalten hat, während er im Falle der Haftung pro viribus zwar auch nur mit dem, was er selbst erhalten hat, haftet, aber so, wie es im Lichte der Taxation erscheint. Sodann müßte man im Falle der Haftung pro viribus einen Zeitpunkt bestimmen, welcher der Taxation zu grunde zu legen wäre. Man könnte zunächst da zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Vertrages und dem Zeitpunkt, an welchem der Erwerber in Anspruch genommen wird, schwanken. Den letzteren Zeitpunkt zu wählen, wäre deshalb nicht ratsam, weil dann, wenn der Erwerber z. B. erst nach Jahr und Tag in Anspruch genommen wird, das Vermögen meistens nicht mehr beisammen sein wird, sondern zahlreiche Gegenstände, welche früher übernommen wurden, inzwischen untergegangen, verloren gegangen oder weiter veräußert sein werden, so daß eine genaue Taxation in diesem Zeitpunkt meistens überhaupt unmöglich sein würde. Sodann wird auch kein Erwerber gern warten wollen, bis er in Anspruch genommen wird, um endgiltige Gewißheit darüber zu erlangen, womit er denn eigentlich haftet, sondern jeder

[311]) Vergl. Protokolle z. B.G.B. Bd. 1 S. 428 ff. und Bd. 5 S. 799.

Erwerber wird das naturgemäß gleich von vornherein wissen wollen. Aus allen diesen Gründen dürfte der Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Vertrages für die Wertbestimmung der geeignetere sein. Will man aber diesen Zeitpunkt der Wertbestimmung zu grunde legen, so verschiebt sich, wie die Protokolle zum B.G.B.[312]) richtig hervorheben, die Haftung des Übernehmers in ganz ungerechtfertigter Weise je nach den event. Wertschwankungen, welche das übernommene Vermögen erleidet. Erhöht sich nämlich nach erfolgter Taxation der Wert des Vermögens, so würde der Erwerber nur bis zur Höhe des geringeren, nämlich des durch die Taxation festgestellten Wertes haften und dadurch einen ganz ungerechtfertigten Vorteil erlangen, erniedrigt sich aber der Wert, so würde der Übernehmer trotzdem mit dem höheren Wert haften müssen, also einen ganz ungerechtfertigten Nachteil erleiden. Mit Rücksicht auf alle diese Umstände ist die Haftung cum viribus derjenigen pro viribus entschieden vorzuziehen.

Sind alle Vermögensgegenstände auf den Erwerber übertragen, dann haftet der Erwerber mit diesen. Sind sie aber erst teilweise übertragen, dann haftet er mit den bereits übertragenen und dem Anspruch auf Übertragung des Restes. Hat der Erwerber einen der übernommenen Gegenstände weiter veräußert oder vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt oder zerstört, so tritt der Wert an die Stelle des Gegenstandes. Ist der Gegenstand aber kasuell bei dem Erwerber untergegangen, so braucht der Erwerber den Wert nicht zu dem übernommenen Vermögen zu ersetzen. Hat ein anderer einen zu dem übernommenen Vermögen gehörigen Gegenstand beschädigt oder zerstört, so tritt der Ersatzanspruch des Erwerbers an die Stelle des Gegenstands.

Ich will hier nun noch in aller Kürze wenigstens die Grundzüge dessen, wie die Beschränkung der Haftung des Erwerbers im einzelnen gestaltet ist, besprechen[313]). Eine eingehendere Darstellung dieser Lehre würde uns hier zu weit führen, sie gehört übrigens auch mehr ins Erbrecht. Wird der Erwerber von den Gläubigern in Anspruch genommen, so kann er sich auf die Beschränkung seiner Haftung berufen. Auf diesen Fall sollen nach § 419

---

[312]) Protokolle z. B.G.B. Bd. 1 S. 429.

[313]) §§ 1990, 1991 B.G.B.

Abs. 2 die für die Erbenhaftung geltenden Grundsätze[314]) entsprechende Anwendung finden. Der Erwerber kann also zunächst die Befriedigung der Gläubiger im Wege der Einrede[315]) in soweit verweigern, als das übernommene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht. Er muß dann aber das ganze übernommene Vermögen in Natur den Gläubigern zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben. Hat der Erwerber nun aber vorher schon einige Gläubiger selbst befriedigt, so müssen die übrigen Gläubiger diese Befriedigung als für Rechnung des übernommenen Vermögens erfolgt gelten lassen, wenn der Übernehmer den Umständen nach annehmen durfte, daß das übernommene Vermögen zur Begleichung aller Verbindlichkeiten ausreicht. Der Erwerber darf also einzelne Gläubiger nur so lange befriedigen, als er zu der eben erwähnten Annahme berechtigt ist. War der Erwerber zu dieser Annahme nicht berechtigt und hat er trotzdem einzelne Gläubiger befriedigt, so brauchen die übrigen Gläubiger diese Befriedigung nicht als für Rechnung des übernommenen Vermögens erfolgt gelten zu lassen, der Erwerber ist vielmehr insoweit ersatzpflichtig. Da der Erwerber den Gläubigern nur mit dem Bestand des übernommenen Vermögens haftet, so darf er natürlich auch mit dem übernommenen Vermögen nicht wirtschaften, wie er will, er ist vielmehr den Gläubigern gegenüber zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung desselben verpflichtet und haftet den Gläubigern dafür nach den Grundsätzen über das Mandat. Für etwa gemachte Aufwendungen kann er Ersatz verlangen. Die infolge der Übernahme durch Konfusion erloschenen Rechte bezw. Verbindlichkeiten gelten im Verhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger als nicht erloschen.

Voraussetzung für die Haftung des Erwerbers ist, daß der obligatorische Übernahmevertrag gültig ist[316]). Ist er nichtig, so tritt die Haftung des Erwerbers überhaupt von vornherein gar nicht ein, ist er anfechtbar und wird er angefochten, so fällt hinterher die Haftung mit rückwirkender Kraft wieder weg. Der obligatorische

[314]) Näheres darüber, sowie auch über eine etwaige Zwangsvollstreckung findet sich bei Koeltz S. 29 ff.

[315]) Diese Einrede muß aber ausdrücklich geltend gemacht werden, sonst bleibt sie unberücksichtigt, so auch Crome ibid. S. 366.

[316]) So auch Crome ibid. S. 366, Schollmeyer S. 412.

Übernahmevertrag bedarf nach § 311 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Gültig ist nur ein obligatorischer Vertrag über das gegenwärtige Vermögen, ein obligatorischer Vertrag, durch welchen sich jemand zur Übertragung seines künftigen Vermögens verpflichtet, ist nach § 310 B.G.B. nichtig.

§ 419 B.G.B. regelt nur das externe Verhältnis und läßt das interne Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber ganz unberührt. Das interne Verhältnis kann sehr wohl dahin geregelt sein, daß der Erwerber ganz allein die Schulden des Veräußerers zu tragen hat, es kann aber auch ebenso gut dahin geregelt sein, daß nur der Veräußerer, nicht aber auch der Erwerber für die Schulden einzustehen hat. Was im einzelnen Falle gerade gemeint ist, richtet sich nach dem ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen der Parteien. In dubio wird man anzunehmen haben, daß der Erwerber dem Veräußerer gegenüber die Schulden allein zu tragen hat[317]).

Damit haben wir die Paragraphen, in welchen das B.G.B. ex professo von der Schuldübernahme spricht, alle erledigt. Vereinzelt finden sich im Gesetz noch bei den verschiedensten Materien Fälle gesetzlichen Schuldübergangs vor. Es würde uns hier zu weit führen, wenn wir auf alle diese Fälle näher eingehen wollten. Wir müssen uns in dieser Arbeit vielmehr mit einem ganz kurzen Hinweis auf die wichtigsten derselben begnügen und wir dürfen dies um so eher tun, als alle diese Fälle das gemeinsam haben, daß sie für die Lehre von der Schuldübernahme wissenschaftlich neues nicht mehr bringen. Sie sind zwar Fälle gesetzlichen Schuldübergangs und müssen deshalb an dieser Stelle wenigstens genannt werden, eine eingehende Darstellung derselben gehört aber nicht in die Lehre von der Schuldübernahme, sondern ist vielmehr in dem Zusammenhange zu geben, in welchem auch das Gesetz ihrer Erwähnung tut. Die wichtigsten Fälle der besagten Art finden sich vor in den §§ 571 ff. B.G.B.[318]) (für den Eintritt in die Mietsobligation), 1078 ff. (für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen oder einer

---

[317]) So auch z. B. Schollmeyer S. 414.

[318]) Vergl. dazu v. Blume, Novation ꝛc. S. 167.

Erbschaft), 2382, 2385 (für den Erbschaftskauf)[319]). Die übrigen gesetzlichen Bestimmungen im neuen Reichsrecht, welche auf dem Grundgedanken basieren, daß gewisse Verbindlichkeiten in solcher Weise auf gewissen Vermögensbestandteilen lasten, daß der Erwerber dieser Vermögensbestandteile ohne weiteres auch für diese Verbindlichkeiten haftet, finden sich bei Hellwig[320]) übersichtlich geordnet vor[321]).

C. Schluß.

Mit einer kurzen Betrachtung der Frage, wie sich der Übergang der Geschäftsschulden bei Übernahme eines Handelsgeschäfts[322]) vollzieht, soll die vorliegende Arbeit ihren Abschluß finden. Die hier als Grundlage dienenden gesetzlichen Bestimmungen sind die §§ 25—27 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. Dort ist bestimmt, daß derjenige, welcher ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Für den Fall, daß die Firma nicht fortgeführt wird, haftet der Erwerber nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, welcher vorwiegend in der handelsüblichen Bekanntmachung der Übernahme gefunden wird. Der frühere Inhaber bleibt neben dem neuen verhaftet, genießt jedoch den Vorteil, daß die Ansprüche gegen ihn in 5 Jahren verjähren. Wird ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft vom Erben fortgeführt, so haftet der Erbe in gleicher Weise wie der Übernehmer eines Handelsgeschäfts. Wird jedoch innerhalb 3 Monaten die Fortführung des Geschäfts eingestellt, so cessiert die unbeschränkte Haftung.

---

[319]) Näheres über die Haftung des Erbschaftskäufers gegenüber den Nachlaßgläubigern findet sich z. B. bei Koeltz S. 51 ff.

[320]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

[321]) v. Blume, Novation ꝛc. S. 168 möchte hier von einer „Verdinglichung" der Forderung sprechen.

[322]) Näheres darüber für das alte Recht findet sich z. B. bei Adler, Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts (Kohlers Archiv Bd. 3 1890 S. 1—31), bei Ruhstrat, Über Artikel 52 des deutsch. Handelsgesetzbuchs und §§ 115—122 des Entwurfs eines B.G.B. (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 27 1890 S. 43—75) und für das neue Recht bei Koeltz S. 63 ff.

Literaturverzeichnis.

Adler, Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts (Kohlers Archiv Bd. 3) 1890.

Arndts, Pandekten.

Bähr, Jahrb. für Dogmatik Bd. 6.

Bekker, Pandekten.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches 1898.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl.

v. Blume a) Novation, Delegation und Schuldübertragung 1895, b) Iherings Jahrb. für Dogm. Bd. 39 und 40.

Bierling, a) Kritik der juristischen Begriffe, b) Juristische Prinzipienlehre.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht.

Brettner, Die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb Gruchot Bd. 42.

Brinz, Kritische Blätter Nr. 2.

Cosak, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2. Aufl. 1899.

Crome, Französ. Obligationenrecht.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts 1902.

Danz, Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zugunsten Dritter nach gemeinem Recht 1886.

Davidson, Schuldübernahme als Zahlung (Diss. Bresl.) 1897.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden. Berlin 1853.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches.

Dernburg, Bürgerl. Recht.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht.
Entscheidungen des preußischen Obertribunals.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgericht.
B.G.B. Erster Entwurf.
Fluhme, Die Theorie der Passivsuccession (Diss. Erl.) 1896.
Förster-Eccius, Gemeines preußisches Privatrecht Bd. 1.
Gareis, Verträge zugunsten Dritter 1873.
Gierke in Schmollers Jahrbuch Bd. 13.
Grützmann, Sächsisches Archiv Bd. 2.
Gürgens in Iherings Jahrbüchern für Dogm. Bd. 8.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2. Aufl. 1902.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899.
Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme (Gött. Diss.) 1901.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
Hölder, Kommentar zum B.G.B.
Jakubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs 1892.
Ihering, a) Geist des römischen Rechts, b) Zweck im Recht, c) in seinen Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 1.
Kah, Die Schuldübernahme des B.G.B. mit vergleichender Rücksicht auf das französische Recht (Puchelts Zeitschr. Bd. 30).
Kipp in Iherings Jahrb. für Dogm. Bd. 36.
Kirchstätter, Kommentar zum allg. österr. bürgerl. Gesetzbuch.
Koch, Privatrecht Bd. 2.
Koeltz, Wie haftet der vertragsmäßige Übernehmer eines Vermögens den Gläubigern des Veräußerers? (Diss. Erl.) 1901.
Krettner, Die Schuldübernahme (Diss. Erl.) München 1899.
Kuhlenbeck, Bürgerl. Gesetzbuch 1899.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerl. Gesetzbuch 1899.
Kuntze, Obligation und Singularsuccession 1856.
Kuntze in Endemanns Handbuch des Handelsrecht Bd. 4.
Laurent, Droit civil Bd. 3.
Matthias, Lehrb. des bürgerl. Rechts.
Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse 1898.
Menzel in Grünhuts Zeitschrift Bd. 11.
Merkel, Grünhuts Zeitschrift Bd. 1.

Motive zum B.G.B.

Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte 1834.

Münster, Singularsuccession in Schulden (Gött. Inaug.-Diss.) 1893.

Neumann, Bürgerl. Gesetzbuch.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.

Plank, Bürgerl. Gesetzbuch.

Protokolle zum B.G.B.

Puchta, Pandekten.

Regelsberger, a) Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 67, b) Iherings Jahrb. für Dogm. Bd. 39, c) Bayerisches Hypothekenrecht 2. Aufl. 1895.

Rosbund, Die Übernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber des hypothekarisch belasteten Grundstücks (Rost. Diss.) 1902.

Ruhstrat, Über Artikel 52 des deutschen Handelsgesetzbuchs und §§ 115—122 des Entwurfs eines B.G.B. (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 37) 1890.

v. Salpius, Novation und Delegation 1864.

v. Savigny, System des römischen Rechts.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des bürgerl. Gesetzbuchs 1898.

Schey in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 und 8.

Schloßmann, Der Vertrag.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1900.

Schurter, Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Zivilgesetzbuch in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 42, 1901.

Schütze in Grünhuts Zeitschrift Bd. 6.

Schwartz, Das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im B.G.B. (Gött. Diss.) 1902.

Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 11.

Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reich 3. Aufl. 1901.

Simon in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B.

Stobbe, Deutsches Privatrecht.

Tränkner, Die Schuldübernahme nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 7.

Trendelenburg, Naturrecht.

Unger, Die Schuldübernahme 1889.

Unger, System des allg. österr. Privatrechts Bd. 2.

Vangerow, Pandekten.

Voigt, Schuldübernahme ist Zahlung (Gött. Diss.) 1891.

Windscheid, Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 1.

Windscheid, Pandekten.

Windscheid-Kipp, Pandekten.

Zaun im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 1.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.